Master politicologie
Specialisatie politieke theorie en gedrag
Universiteit van Amsterdam

Masterscriptie

Begeleider: Dr. R. van den Berg
Tweede beoordelaar: Prof.dr. J. W. de Beus

# De hokjesgeest van het privacydebat

*Een politiektheoretische blik op het Nederlandse debat over de bewaarplicht*

Jurian Baas
Oosterdok 93
1011 VX Amsterdam
tel. 06 24223217
email: jurian.baas@gmail.com

studentnummer: 0368385
februari 2010

## DANKWOORD

Allereerst wil ik Ruud van den Berg hartelijk bedanken voor de begeleiding van deze individuele scriptie. Ieder gesprek dat wij hadden dwong mij tot het scheppen van helderheid in mijn betoog, hielp mij bij het maken van belangrijke keuzes en leverde vele waardevolle verbeteringen op. Ik voelde mij gesterkt door het vertrouwen dat in mij werd gesteld op momenten dat er weinig tastbare vooruitgang was. Het schrijven van een scriptie is niet alleen maar een theoretische aangelegenheid, en een goed begeleider toont zich door ook inzichten te bieden ten aanzien van de praktische en psychische aspecten van dit proces.

Ik wil mijn ouders bedanken voor de niet aflatende steun die zij mij hebben geboden, op alle denkbare vlakken. Dit geldt voor mijn gehele studie en dus ook voor mijn scriptie. Ik kan op deze plek niet genoeg recht doen aan wat jullie voor mij betekenen en betekend hebben. Mijn vader heeft mijn scriptie meerdere malen minutieus nagekeken en doorzag de fouten die ik niet meer kon zien. Ook ben ik zeer veel dank verschuldigd aan mijn broer en aan Anne, voor de verbeteringen, scherpe inhoudelijke adviezen en hun luisterend oor. Caspar is naast een goede vriend ook een onmisbaar klankbord geweest, in de loop van mijn hele studie. Het is ontzettend waardevol om goed met iemand te kunnen sparren, ik ben dankbaar voor de gesprekken die we gehad hebben en kijk uit naar de gesprekken die nog komen. Dit geldt ook voor mijn studiegenoten in het masterjaar. Corneel, Yorinde, Marlien, Arjen en Nelleke: bedankt voor de gesprekken over mijn scriptie en bovenal voor jullie steun.

## INHOUDSOPGAVE


**1 Inleiding** **1**

**2 Privacy in de politieke theorie** **5**

2.1 Een liberale uitvinding . . . . . 7

2.2 Buiten de gebaande paden van het dominante denkkader: tegengeluiden 11

Het respect voor privacy is doorgeslagen: het communitarisme . . . . . 11

De surveillance-maatschappij: poststructuralisten . . . . . 13

2.3 Dillema's over privacy in het hedendaagse theoretische debat . . . . . 16

**3 De weerbarstige praktijk: privacy en de bewaarplicht** **20**

3.1 Privacy als mensenrecht . . . . . 20

3.2 Voor het algemeen belang: privacybeperkende maatregelen . . . . . 22

3.3 De bewaarplicht . . . . . 26

3.4 De strijd barst los: de argumenten rond de bewaarplicht . . . . . 29

Argumenten over het doel van de bewaarplicht . . . . . 30

Argumenten over het effect op de privacy van burgers . . . . . 33

**4 Facetten van het privacydebat** **38**

Privacy is een essentiële waarde van de democratische samenleving . . . 38

Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag alleen als dit noodzakelijk is 39

Het bespieden van niet-verdachten breekt met het gelijkheidsbeginsel . . 40

Iemand die niks te verbergen heeft, hoeft zich geen zorgen te maken . . . 41

Nederland wordt een politiestaat . . . . . 42

De bewaarplicht is noodzakelijk voor het beschermen van veiligheid . . 43

**5 Conclusie: de hokjesgeest overstijgen** **45**

**Literatuur** **48**

**Artikelen uit landelijke dagbladen en opiniebladen** **51**

# 1 INLEIDING

Hoogleraar recht en informatisering Corine Prins[1] zegt het volgende over het privacy debat:

> Voor mij is de allergrootste privacybedreiging gelegen in hokjesgeest en onverschilligheid. Hokjesgeest omdat het debat over privacy—en dus de toekomst van onze maatschappij—juist niet gevoerd moet worden vanuit hoog opgetrokken stellingen en voor- en tegenstanders die elkaar op voorhand in het hokje 'voor privacy' en 'tegen privacy' plaatsen.[2]

Dit citaat was voor mij het startschot van deze scriptie. Prins neemt aan dat privacy iets is dat bedreigd wordt. Ze geeft als reden voor deze bedreiging de onverschilligheid (waar ze de onverschilligheid van burgers ten opzichte van privacybeperkende maatregelen bedoeld) en de hokjesgeest in het debat over privacy. Prins verwoordt wat mij bij persoonlijke en publieke discussies over privacy ook is opgevallen: mensen geven aan het ze niet zoveel kan schelen als hun privacy beperkt wordt, of komen met eenzijdige, heftige argumenten aanzetten waarom ze voor of tegen[3] de maatregelen zijn.

In de politiektheoretische literatuur lijkt het debat over privacy ook uit hoog opgetrokken stellingen te bestaan. Privacy wordt sinds John Stuart Mill's *On Liberty* uit 1859 uitvoerig besproken in de literatuur als voorwaarde voor de liberale vrijheid van het individu. Het dominante denkkader over privacy is dan ook liberaal te noemen. Een groot deel van de literatuur in dit denkkader heeft een activistisch karakter. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt gezien als een recht dat de samenleving ooit had, maar stelselmatig is afgebroken.

Ondanks de dominantie van het liberale denkkader zijn hierop verschillende uitgewerkte kritieken in de literatuur over privacy te vinden. Ik ben daarom op zoek gegaan naar

---

[1] Corine Prins is raadslid bij de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR). Daarnaast is zij (sinds 1994) hoogleraar recht en informatisering aan de Universiteit van Tilburg. Zij was aldaar van 1994 tot 2006 voorzitter van TILT, het Tilburg Institute for Law, Technology and Society, dat zich richt op recht en regulering van nieuwe technologieën. Corine Prins studeerde rechten en Slavische taal- en letterkunde aan de Rijksuniversiteit te Leiden (uit: Brouwer-Korf e.a., 2009: 89).

[2] 'Opinieweblog: Privacy feestje', http://www.xs4all.nl/opinie/2008/01/28/privacy-feestje/, geraadpleegd op 3 juni 2009

[3] Hierbij wil ik opmerken dat ik het niet juist vind om over 'voorstanders van privacy' en 'tegenstanders van privacy' te spreken zoals Corine Prins dat doet, omdat weinig mensen privacy als een schadelijke waarde zien. Bij de 'tegenstanders' gaat het om waarden die belangrijker gevonden worden dan privacy. Dat iemand een voorstander is van een maatregel die de privacy van burgers kan beperken, zegt dus niet direct iets over de mate waarin hij of zij privacy waardeert, maar over een hogere waardering van een andere waarde in de context van de betreffende maatregel.

tegenstanders van de liberale beschouwing van privacybeperkende maatregelen. De communitaristen beantwoorden aan dit profiel. Onder de omvattende kritiek die denkers uit deze stroming hebben gehad op de uitgangspunten van het liberalisme, is specifieke kritiek op de liberale waardering van privacy te vinden. Een andere stroming, het poststructuralisme, heeft niet zozeer kritiek op de liberale waardering van privacy, maar op de technologische en sociale veranderingen in de maatschappij. Deze hebben grote gevolgen gehad voor de manier waarop de maatschappij persoonlijke gegevens verzamelt en gebruikt. Het politiektheoretische debat over de rol van privacy en privacybeperkende maatregelen in de samenleving wordt dus gekenmerkt door een grote hoofdrolspeler in de vorm van het liberalisme, waarbij twee kritieken op de liberale benadering van privacy een bijrol spelen.

Er zijn veel overeenkomsten met de argumenten rond de bespreking van inperkende maatregelen in de praktijk van de politiek en het publieke debat, en in de bespreking van privacy in de academische literatuur. Er zijn ook belangrijke verschillen: politiektheoretische verhandelingen bieden ruimte voor verdieping en uitgebreide analyses over de waarde van privacy voor de democratische samenleving, terwijl het publieke debat laat zien hoe er met privacy wordt omgegaan in de praktijk van conflicterende waarden en belangen. Deelnemers in beide debatten kunnen veel van elkaar leren.

Ik vraag mij daarom af hoe de argumenten over privacybeperkende maatregelen in de Nederlandse politiek en publieke opinie zich verhouden tot de argumenten hierover in de politiektheoretische literatuur. Aangezien er in de literatuur twee belangrijke kritieken zijn op het dominante denkkader, die onderling sterk verschillen, is het meteen al moeilijk om te spreken van harmonie onder de voorstanders en onder de tegenstanders van privacybeperkende maatregelen. Als er sprake is van een hokjesgeest, bestaat het landschap niet uit twee, maar uit drie groepen die doof zijn voor elkaars argumenten. Ik ben benieuwd of de 'hokjes' in het debat in het publieke domein vergelijkbaar zijn met die in de literatuur. Ook wil ik weten welke benadering dominant is in het publieke debat, en of hierin verschil is tussen het debat in de media en in de politiek.

Ik schets een deel van het debat over privacybeperkende maatregelen in de Nederlandse publieke opinie met behulp van een casusonderzoek naar het debat over de invoering van de Europese dataretentierichtlijn en de implementering hiervan door middel van de 'Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens' (de bewaarplicht). De wet werd op 7 juli 2009 in de Nederlandse Eerste Kamer aangenomen. Internet- en telefonie aanbieders zijn door de wet verplicht om een half tot een heel jaar de verkeersgegevens van hun klanten te bewaren. De bewaarplicht is een implementatie van de Europese dataretentierichtlijn, en

moet de wetshandhaving en veiligheid van de EU landen dienen. Bij zware delicten, zoals criminaliteit in georganiseerd verband en terrorisme, zouden de gegevens kunnen helpen om een profiel op te stellen van verdachten: er kan gezien worden wanneer en met wie iemand een telefoontje heeft gepleegd, of wanneer iemand een bepaalde internetsite heeft bezocht.

De wet is in verschillende media besproken, waarbij vooral tegenstanders aan het woord zijn geweest. Hun hoofdargument is vaak dat de bewaarplicht een onredelijke inbreuk maakt op het recht op privacy. Kritische geluiden op soortgelijke maatregelen zijn al langere tijd in de media te horen, en lijken in volume toe te nemen.

De bewaarplicht is vergelijkbaar met andere maatregelen die de privacy van burgers beperken, maar de manier waarop het debat is gevoerd rondom het invoeren van de maatregel is speciaal. Nog niet eerder is er zoveel en zolang gedebatteerd over een dergelijke maatregel. Van de Europese Commissie tot de Nederlandse Eerste kamer: voor- en tegenstanders hebben zich uitvoerig laten horen. Het algemene debat over privacy in kranten, opiniebladen en op internetsites neemt al geruime tijd in omvang toe. Maar het debat over de bewaarplicht in deze media was nog feller dan gewoonlijk. In de politiek was privacy tot voor kort een beleidsonderwerp en geen punt van strijd in de politieke arena. De bespreking van de implementatie van de bewaarplicht in de Eerste en Tweede Kamer bracht hier verandering in. Er ontstond een levendig debat, dat niet alleen over de wet zelf ging, maar ook over de algemene inperking van privacy door de overheid en de grenzen die hierbij zouden moeten gelden.

Ik gebruik deze casus omdat het debat over de bewaarplicht niet alleen maar argumenten bevat van door de wol geverfde privacyvoorvechters, maar ook van de politici die over wet hebben gedebatteerd. Het bespreken van een losse maatregel is voor mij geen doel, maar een middel om het publieke debat beheersbaar te maken. Om de maatregel context te geven, bespreek ik de plaats van privacy in het internationaal en nationaal recht en geef ik een overzicht van enkele andere privacybeperkende maatregelen. Ik heb gekozen voor een historische behandeling van het ontstaan van de richtlijn en de implementatie van de bewaarplicht, waar ik argumenten van politici presenteer uit de beschikbare overheidsdocumenten. Hierna analyseer ik het publieke debat aan de hand van artikelen in landelijke dagbladen en opiniebladen. Uit enkele tientallen artikelen heb ik uiteindelijk een selectie van acht artikelen gemaakt, die samen een breed palet aan meningen over de bewaarplicht vormen. Ten behoeve van de overzichtelijkheid scheid ik de argumenten over het doel van de bewaarplicht van de argumenten over het effect van de maatregel op de privacy van burgers. Ik kies hier nadrukkelijk niet voor een indeling in voor- en

tegenstanders: het is immers de bedoeling de argumenten te relateren aan de stromingen van mijn theoretisch kader.

Ik heb zes stellingen geformuleerd vanuit de gevonden argumenten in het publieke en politieke debat over de bewaarplicht. Deze geven verschillende facetten weer van de voor- en tegenstanders van de maatregel. Iedere stelling analyseer ik met behulp van de drie stromingen uit mijn theoretisch kader. Hierdoor breng ik het publieke debat en theoretische debat samen, en kan ik antwoord geven op de vraag hoe de argumenten in deze debatten zich tot elkaar verhouden.

## 2 PRIVACY IN DE POLITIEKE THEORIE

Hoewel alle overgeleverde samenlevingen waarde hechten aan de mogelijkheid voor mensen om zich te onttrekken aan de bespiedende blik van hun omgeving, is het begrip privacy zoals het vandaag de dag gebruikt wordt een liberale uitvinding. De democratieën die in de zeventiende en achttiende eeuw in Europa en Amerika ontstonden, waren gebaseerd op de principes van de filosofen van de verlichting. Er werd gebroken met organische en feodale machtsstructuren door de invoering van de representatieve democratie. Burgers werden voor het eerst gezien als rationele wezens, die zelf konden bepalen hoe ze de beste invulling aan hun leven konden geven. Privacy is hierbij een belangrijke voorwaarde voor het garanderen van de vrijheid om zonder inmenging van derden te bepalen hoe moreel het beste gehandeld kan worden.

Om uit te komen op het hedendaagse debat over privacy in de politiektheoretische literatuur zal ik deze basis van het liberale denken over privacy eerst verder uitwerken. De verlichtingsfilosoof John Stuart Mill heeft het politieke denken een sterke visie op een vrije samenleving gegeven, en in zijn werk speelt privacy impliciet een belangrijke rol. Het feit dat Mill privacy niet als losstaand onderwerp behandelt, maar als een belangrijke voorwaarde ziet voor het garanderen van vrijheid, geeft inzicht in de standvastigheid waarmee liberalen de waarde van privacy in het hedendaagse debat verdedigen.

Het dominante, hedendaagse liberale denkkader over privacy kenmerkt zich door een grote hoeveelheid activistische literatuur, waar de auteurs vaak reageren op losse kwesties. Op deze manier kan het overzicht verloren worden, omdat niet goed wordt doorgedacht over de reden waarom privacy een belangrijke waarde is voor hedendaagse samenlevingen.

Het mag duidelijk zijn dat ik de debatten wil analyseren vanuit het oogpunt van de waarde van privacy, en vanuit mijn politicologische invalshoek voornamelijk de politieke waarde. In de literatuur is dit het domein van de politieke en sociale filosofie. Hier wordt nagedacht waarom privacy belangrijk is voor de staat, en voor de samenleving. In de politiek wordt ook een dergelijke visie bepaald, waarna vervolgens wordt gekeken hoe deze visie door wetten beschermd moet worden. Omdat in de wetten bepaald moet worden wat onder privacy verstaan wordt, proberen juristen en juridisch filosofen privacy zo exact mogelijk te definiëren. Ook in meer strikt filosofische literatuur wordt aandacht besteed aan het afbakenen van het concept.

De juristen Warren en Brandeis schreven in 1890 in de *Harvard Law Review* een artikel waarin ze privacy definieerden als het recht om met rust gelaten te worden. Het artikel 'The Right to Privacy' was een reactie op de toename van roddels en smaad in de Verenigde Staten aan het einde van de 19e eeuw, wat vooral kwam doordat kranten hogere oplagecijfers kregen en in hun berichtgeving een groter gebied besloegen. *The right to be alone* betekende dat mensen het recht moesten hebben om in hun activiteiten niet gestoord te worden door anderen, maar ook niet gedwongen moesten worden om in de activiteiten van anderen deel te nemen (Warren en Brandeis, 1890).

Latere definities voegen een vorm van controle over informatie toe, zodat er ook van een schending van privacy gesproken kan worden als een individu geen kennis heeft van de schending en geen activiteit hoeft de beoefenen die vraagt om een bescherming van de privacy. Miller beschrijft privacy bijvoorbeeld als 'de mogelijkheid van het individu om de circulatie van informatie over zichzelf te controleren' (Miller, 1971: 25). Westin definieert privacy als 'de claim van individuen, groepen of instituties om voor zichzelf te bepalen wanneer, hoe en in hoeverre informatie over henzelf wordt gecommuniceerd naar anderen' (Westin, 1967: 7).

Het wordt nu duidelijk dat er zich enkele problemen voordoen wanneer geprobeerd wordt om privacy zo precies mogelijk te omschrijven. Een omschrijving van privacy als intimiteit sluit veel situaties uit waarbij privacy wel degelijk een rol speelt, maar waar geen sprake is van intimiteit. Een te brede omschrijving—zoals privacy als het recht om met rust gelaten te worden van Warren en Brandeis—omvat ook situaties waarbij privacy eigenlijk geen rol speelt. De problemen bij het zoeken naar een definitie van privacy die de lading precies dekt ontstaan als er naar een gemeenschappelijke deler wordt gezocht. De omschrijving van privacy moet zo in alle situaties precies passen.

De noodzaak die gevoeld wordt om privacy zo precies te omschrijven, valt te verbinden aan een andere, meer filosofische historische ontwikkeling. Met de culturele herdefiniëring van individualiteit en authenticiteit vond een transformatie plaats van het publieke en private domein. Omdat het individu voor zichzelf keuzes moest kunnen maken en zijn eigen leven moest invullen, had hij een afgeschermd, privaat domein nodig. Tegelijk brachten technologische ontwikkelingen als snel transport en snelle communicatie mensen dichter bij elkaar en zo dichter in de buurt van elkaars private domein. De samenleving werd meetbaar, wat de overheid ook meer in het private domein van haar burgers plaatste. Deze spanning zorgde voor een intellectuele behoefte om de waarde en functie van privacy zo precies mogelijk te omschrijven. In plaats van een alomvattende

benadering van privacy stelt de filosoof Solove een pluralistische benadering van privacy voor. In navolging van Wittgenstein beargumenteert Solove dat bij concepten die zo multi-interpretabel zijn als privacy beter een groep gelijkenissen gebruikt kan worden om het concept af te bakenen, dan een gemeenschappelijke deler. Situaties die gerelateerd zijn aan privacy moeten opgevat worden als een netwerk van gemeenschappelijkheden, die elkaar overlappen. Het zijn elementen die op elkaar lijken en niet terug te brengen zijn naar een enkele essentie (Solove, 2007: 756).

Als het onbevredigende gevoel dat kan ontstaan bij het gebruiken van een minder rigide manier van het definiëren van privacy aan de kant gezet kan worden, is het mogelijk om problemen waarbij het intuïtief duidelijk is dat privacy een rol speelt meteen bij de horens te nemen. Het begrip privacy hoeft dan in de betreffende context niet in een hokje geplaatst te worden. Deze *bottom up* benadering biedt bovendien ruimte om de definitie van privacy te kunnen aanpassen als dit nodig is door nieuwe ontwikkelingen op technologisch of sociaal gebied.

Ik sluit me hierbij aan, omdat zonder deze benadering belangrijke kritieken op het denkkader moeilijk te bespreken zijn. Denkers in de traditie van Foucault zien privacy bijvoorbeeld als een begrip dat niet ter zake doet, omdat zij de oorzaak van de problemen die met dit begrip geassocieerd worden op een compleet andere manier bekijken dan dat de liberalen dit doen. Het precies definiëren van privacy is een filosofisch monnikenwerk, wat in mijn beschouwing van literatuur en praktijk verder geen grote rol zal spelen. Het is duidelijk dat bij het bespreken van maatregelen waarbij grote hoeveelheden gegevens van burgers verzameld en gebruikt worden, privacy een grote rol speelt. Het is goed om te weten welke verschillende definities van privacy gebruikt worden om het debat beter te begrijpen, maar voor dit onderzoek zijn de gemeenschappelijkheden bij het bespreken van de literatuur en praktijk voor mij voldoende als duiding van het begrip privacy.

## 2.1 EEN LIBERALE UITVINDING

Het liberalisme is een verzamelnaam voor theorieën die de vrijheid en de morele gelijkheid van ieder individu als uitgangspunt nemen. De basis voor de moderne variant van liberalisme is terug te vinden bij natuurrechtdenkers en verlichtingsfilosofen als Locke, Hobbes, Rousseau en Mill. Hoewel de term voor deze tijd gebruikt werd, waren het deze denkers die de term voor het eerst in een politieke context gebruikten.

Omdat vrijheid als essentie van de mens gezien wordt, moeten beperkingen van vrijheid verantwoord worden. Dit leidt ertoe dat een overheid moet bestaan om de vrijheid van

haar burgers te garanderen, en haar macht alleen maar aan de goedkeuring van alle individuen gezamenlijk kan ontlenen. Dit stond in hoog contrast met gang van zaken in feodale samenlevingen, waar de legitimatie van machtsposities vaak op religieuze gronden plaatsvond, en de macht doorgegeven werd door middel van overerving (zie onder andere Nussbaum, 1999; Christman, 2008; Kymlicka, 2002; Gaus en Courtland, 2008).

Kernwaarden van het liberalisme, zoals religieuze tolerantie en de vrijheid van meningsuiting, bestaan om de vrijheid van burgers te kunnen garanderen. Het recht op privacy is ook een dergelijke kernwaarde, omdat dit recht ervoor zorgt dat burgers hun geweten kunnen volgen met betrekking tot hun eigen morele keuzes, zonder hierin gestoord te worden door de overheid of medeburgers.

De politicologen Raab en Bennet omschrijven het liberale denken over privacy als volgt:

> The privacy paradigm rests on a conception of society as compromising relatively autonomous *individuals*. It rests on an atomostic conception of society; the community is no more than the sum total of the individuals that make it up. Further, it rests on notions of differences between the privacy claims and interests of different individuals. Individuals, with their liberty, autonomy, rationality, and privacy, are assumed to know their interests, and should be allowed a private sphere untouched by others. In John Stuart Mill's terms, there should be certain 'self-regarding' activities of private concern, contrasted with 'other-regarding' activities susceptible to community interest and regulation (Raab en Bennett, 2006: 4).

Dit citaat kan verder worden uitgebreid door in te gaan op het werk 'On Liberty' van John Stuart Mill.[4] Dit vlammend betoog over het belang van individuele vrijheid bracht bij de publicatie in 1859 grote opschudding teweeg in de Victoriaanse samenleving van Engeland in de 19e eeuw.

In een goede samenleving moet er volgens Mill altijd vrijheid van meningsuiting zijn. Niet alleen de overheid, maar ook burgers mogen hier geen restricties aan opleggen. Het is goed voor te stellen dat een overheid door middel van wetten en censuur bepaalde uitingen aan banden legt, maar volgens Mill is de kracht van sociale druk op het publieke debat net zo schadelijk. Dit noemt hij in navolging van Tocqueville de sociale tirannie van de

[4]John Stuart Mill (1806-1873) was een Britse filosoof, econoom, ethicus en politicus. Hij wordt gezien als de meest invloedrijke Engelstalige filosoof van de 19e eeuw. Zijn argumenten voor het belang van vrijheid in een liberale politieke samenleving vinden nog steeds veel weerklank. De vooruitgang van kennis, individuele vrijheid en menselijk welzijn vormen de pijlers van zijn werk (uit Wilson, 2009).

meerderheid. De uitleg van Mill waarom dit schadelijk is geeft blijk van de utilitaristische scholing die Mill heeft gehad. *Utility* (nut) moet volgens Mill opgevat worden in de breedst mogelijke opvatting, gebaseerd op de aanwezige belangen van de mens als progressief wezen (Mill, 1859: 60).

Een onderdrukte mening die juist is, weerhoudt mensen van de waarheid. Een uiting die onjuist is, weerhoudt mensen van de mogelijkheid om hun juiste overtuigingen te sterken door het met geldige argumenten te verdedigen (Hampsher-Monk, 1992: 370). Mill verwoordt dit als volgt:

> The steady habit of correcting and completing [our] opinion by collating it with those of others, so far from causing doubt and hesitation in carrying it into practice, is the only stable foundation for a just reliance on it. (Geciteerd in Hampsher-Monk, 1992: 371, n116)

Iedere vorm van het onderdrukken van meningen impliceert volgens Mill onfeilbaarheid (Mill, 1859: 74). Zo worden ze een lege huls: de samenleving wordt geleid door een principe waar 'opinions on the regulation of human conduct, is the feeling in each person's mind that everybody should be required to act as he, and those with whom he sympathizes, would like them to act' (Mill, 1859: 75). Daarom is het onderdrukken van de vrijheid van gedachten en vrije meningsuiting niet alleen schadelijk voor het individu, maar heeft dit ook schadelijke gevolgen voor de gemeenschap (Hampsher-Monk, 1992: 370). Bovendien ziet Mill conflict als een middel tot waarheidsvinding: vooral bij sociale en politieke overtuigingen denkt hij dat de waarheid vaak in het midden ligt. Die waarheid kan bij een open confrontatie van botsende meningen aan de oppervlakte komen (Mill, 1859: 40).

Om niet alleen de politieke maar ook de sociale tirannie te kunnen onderdrukken, betoogt Mill dat de waardering van individualiteit niet als een middel, maar als doel gezien moet worden. Hij ziet beren op de weg naar een samenleving waar individualiteit een kernwaarde is: 'individual spontaneity is hardly recognized by the common modes of thinking of having any intrinsic worth … but is rather looked on with jealousy' (Hampsher-Monk, 1992: 373). Dit terwijl individualiteit volgens Mill staat voor innovatie, originaliteit en energie, tegenover passiviteit en een ingedommeld gewoonte-mens (Hampsher-Monk, 1992: 374). Naast deze retorische argumentatie voor het belang van het individu, meent Mill ook dat landen waar de gedachten en publieke opinie niet lange tijd vrij zijn geweest, zich minder hebben ontwikkeld dan landen waar dit wel het geval was. Hiermee geeft hij een utilitaristisch argument voor individualiteit: een samenleving is in zijn geheel beter

af met individualiteit, dan zonder.

Om ervoor te zorgen dat de vrijheid gewaarborgd wordt, stelt Mill dat de vrijheid van een individu alleen maar ingeperkt mag worden uit bescherming van de vrijheid van een ander individu. Dit verwoordt hij in het bekende *harm principle*:

> [T]he sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. (Mill, 1859: 10)

Schade (*harm*) moet hier worden opgevat als een directe beperking van de belangen van het individu. Beledigen, het uiten van abjecte overtuigingen en egoïstische daden, zijn toegestaan (mits ze niet in strijd zijn met de wet). Hoewel veel personen af en toe de fout ingaan, weegt het meestal niet op tegen het kwaad dat wordt gedaan als iemand van buitenaf bepaalt wat ze mogen doen. Daarom is de rol van de overheid bij Mill ook zeer beperkt, en vooral 'dienend' voor het laten bloeien van individuen. Er moet alleen opgetreden worden—uiteraard op een rechtvaardige en beschaafde manier—als het handelen van iemand aanwijsbaar de vrijheid van een ander beperkt.

Dit *harm principle* geldt in situaties waar de privacy van een individu geschonden wordt. Omdat dit een inbreuk op de individuele vrijheid is, mag dit alleen maar gebeuren om schade aan een ander persoon te voorkomen. Privacy is bij Mill en in het liberale denkkader niet alleen een waarde op zichzelf, maar een voorwaarde voor de mogelijkheid om autonoom te leven. Een autonoom bestaan geeft vrijheid om beslissingen te kunnen nemen. Hiervoor moet er gereflecteerd kunnen worden op conflicterende waarden en behoeften, het zelfbeeld en de oorsprong van verlangens. Bij de verhouding met de staat en andere burgers moet het individu controle hebben over de kennis die anderen van hem hebben. Als er geen dimensie is die los staat van de controle en bezwaren van anderen, is dit niet mogelijk (Rössler, 2006: 72–73).

Privacy is een schild voor schadelijke invloeden op de elementen van een autonoom leven die Mill schetst. Het zorgt voor een zuivere vrijheid van meningsuiting omdat het een sfeer

biedt waarin met impopulaire geëxperimenteerd kan worden, zonder dat er zelfcensuur plaatsvindt uit angst voor sociale controle of controle door de overheid. Het biedt ruimte om op gekozen momenten en tijden geen rekenschap te geven aan sociale conventies, waardoor individuen de kans krijgen om zich op verschillende, spontane manieren te ontplooien.

## 2.2 BUITEN DE GEBAANDE PADEN VAN HET DOMINANTE DENKKADER: TEGENGELUIDEN

**Het respect voor privacy is doorgeslagen: het communitarisme**

Communitaristische denkers bekritiseren de aanname van liberalen dat de hoofdtaak van de overheid het distribueren van vrijheden en economische middelen is. Vooral het universele karakter van deze theorie valt bij hen in slechte aarde. In plaats van in een universele waarheid, beargumenteren communitaristen dat de basis van rechtvaardigheid gezocht moet worden in de tradities en levensvormen van verschillende samenlevingen.

De socioloog Amitai Etzioni[5] geeft met zijn boek 'The Limits of Privacy' (1999) een communitaristische kritiek op de Amerikaanse privacywetgeving. Privacy voorvechters hebben volgens hem, door middel van slepende rechtszaken en het tegenhouden van beleid dat nodig was voor nieuwe ontwikkelingen in de maatschappij, meerdere malen een schadelijk effect gehad op het algemeen belang. Er is altijd sprake van spanning tussen privacy en dit algemeen belang. Etzioni toont dit aan door verschillende cases te bespreken, zoals het testen op HIV bij baby's, het waarschuwen van een buurt als een veroordeelde pedofiel er komt wonen en de toegang van de overheid tot encryptie sleutels die gebruikt worden bij het versleutelen van digitale gegevens.

Deze maatregelen zijn gunstig zijn voor het algemeen belang, en het is schadelijk dat privacy voorvechters in de Verenigde Staten deze maatregelen hebben tegengehouden, betoogt Etzioni. Het algemeen belang moet geen vrijbrief kunnen zijn om iedere maatregel en wet door te kunnen voeren, maar de maatschappij is doorgeschoten. Privacy wordt gepresenteerd als onwrikbaar recht, en dit maakt een afweging met het algemeen nut bij voorbaat onmogelijk. In een goede samenleving moet het ene grondrecht geen voorrang boven het andere krijgen. De mate waarin een grondrecht geëerbiedigd moet worden, verschilt per situatie, en privacy kan niet altijd buiten de discussie staan (Etzioni, 1999: 3).

[5]Amatai Etzioni is 20 jaar hoogleraar sociologie geweest aan Colombia University. In 1990 richtte hij het *Communitarian Network op. Hij wordt door velen gezien als de 'guru' van de communitaristische beweging. Via http://www.amitaietzioni.org/bio_essential.html, geraadpleegd op 4 januari 2010.*

Als voorbeeld noemt Etzioni dat het recht op vrije meningsuiting nooit kan betekenen dat iemand ongestraft 'Brand!' in een druk theater kan roepen. Privacy moet met 'hetzelfde, maar niet ongebonden respect behandeld worden'. Ethische beslissingen in de politiek en het beleid volgen niet na een keuze tussen het goede en slechte, maar moeten genomen worden wanneer twee opties even goed of slecht lijken (Etzioni, 1999: 4–5). Volgens communitaristen moet een goede samenleving constant een balans kunnen vinden tussen vrijheid en het algemeen belang (Etzioni, 1996). In samenlevingen waar de beslissingen teveel worden genomen in naam van het algemeen belang, worden mensen in hun autonomie aangetast en kunnen groepen gediscrimineerd worden. Dit is tot niet zo lang geleden in westerse staten gebeurd: de invoering van het vrouwenkiesrecht en rechten die vreemdelingen beschermen zijn relatief recent.

De ideeën van Locke, Smith en Mill waren belangrijk voor de uitbreiding van vrijheden voor individuen. In de tijd dat deze denkers leefden was het hard nodig dat de nadruk op vrijheid werd gelegd. Tussen de jaren zestig en negentig van de 20e eeuw is de nadruk op persoonlijke autonomie echter andere rechten en plichten gaan overschaduwen (Etzioni, 1999: 194–196). Etzioni wil meer evenwicht tussen verschillende rechten, met extra nadruk op de verantwoordelijkheid van burgers voor het algemeen belang. Een communitaristische samenleving moet privacy alleen beperken als er sprake is van een goed onderzochte bedreiging van het algemeen belang op grote schaal die door de maat; deze maatregelen moeten de privacy zo min mogelijk beperken; als de privacy beperkt wordt moet gekozen worden voor de manier die het minst binnendringt in het leven van mensen; en de 'bijwerkingen' van deze maatregelen voor de privacy moeten zoveel mogelijk worden beperkt (de gegevens moeten niet ergens anders voor worden gebruikt dan ze bedoeld waren) (Etzioni, 1999: 11–13).

De communitaristische visie op privacy heeft veel weerstand van liberalen opgeroepen. Zo zou geen aandacht aan het feit worden besteed dat oproepen tot erkenning van het recht op privacy niet hoeven uit te sluiten dat het algemeen belang gediend wordt. Vaak komen deze belangen zelfs overeen, omdat privacy immers ook een sociale waarde is. Allen (2004) geeft aan dat het rechtssysteem in Amerika juist goed in staat is om privacy belangen af te wegen tegen het algemeen belang in de gezondheidszorg, de nationale veiligheid en het belang van bepaalde groepen, zoals families en ethische en religieuze groepen. In de Amerikaanse wet is terug te vinden dat privacy als een fundamenteel recht wordt gezien, maar volgens Allen is dit geen indicatie van een verkeerde afweging van het recht op privacy als dit botst met andere belangen.

De communitaristen richten zich volgens Allen teveel op de tegenstelling tussen het

belang van privacy en het algemeen belang. Het is net zo goed in het algemeen belang dat de overheid verantwoordelijk omgaat met de gegevens van haar burgers. Allen noemt als voorbeeld een rechtszaak in de Verenigde Staten waarbij journalisten in het kader van openbaarheid van bestuur dossiers van de recherche over criminele kopstukken wilden inzien. Als niet alleen de gegevens van kopstukken uit het criminele circuit, maar die van alle burgers die in aanraking zijn gekomen met justitie openbaar zouden worden, zou dit grote gevolgen hebben voor de re-integratie van deze mensen in de maatschappij (Allen, 2004: 30–31).

Het individuele belang lijkt volgens Etzioni vaak voor het algemene belang te gaan. Dit is naar mijn mening onjuist. Een individu zal het moeilijk krijgen om te winnen als het algemeen belang er niet mee gebaat is. Uit het voorbeeld van de rechtszaak wordt duidelijk dat het schenden van de privacy van een individu een precedent kan scheppen voor mogelijke schending van grote groepen mensen. Dat groepen zoals veroordeelden, mensen met dezelfde religie of etniciteit of leden van een sekse beschermd worden, is juist ten behoeve van het algemeen belang: een overheid moet neutraal zijn en iedere burger gelijk behandelen. Als je niet kijkt naar de waarde die de rechten van het individu toevoegen aan de gemeenschap, verliezen individuele rechten het altijd van het algemeen belang.

Solove stelt dat privacy niet gaat om de belangen van het individu boven die van de gemeenschap te stellen, maar om het individu bescherming te bieden tegen schofferende normen en waarden van deze samenleving. Het is een interne dimensie van de gemeenschap, niet een externe beperking hiervan (Solove, 2007: 763). Hoe we privacy zien, verandert met de aard van het probleem mee. Soms is de waarde belangrijk, maar soms zal het een kleinere rol moeten spelen. Stellen dat privacy voorvechters het algemene belang in de weg zitten is ontkennen dat problemen waarbij privacy een rol speelt wel op elkaar kunnen lijken, maar nooit helemaal hetzelfde zijn.

**De surveillance-maatschappij: poststructuralisten**

In het begin van de jaren zeventig ontstond in Parijs het poststructuralisme als nieuwe filosofische stroming. Derrida, Deleuze en Foucault zijn hiervan de belangrijkste denkers. Poststructuralisten keren zich tegen het humanisme en de erfenis van de verlichting. In plaats van een individuele benadering van de mens en zijn bedoelingen, geloven de poststructuralisten dat menselijke interacties gestuurd worden door onderliggende, onzichtbare systemen. Voorbeelden van deze systemen zijn taal, machtsverhoudingen en culturele formaties. Iemand die zijn gevoelens wil uiten, put niet zomaar uit zijn persoonlijke vocabulaire. Taal kan nooit perfect overbrengen wat iemand bedoelt. Derrida beargumenteert dat taal niet een gereedschap is om iets duidelijk te maken, maar dat

taal ons vormt: het creëert een beeld dat wij als de werkelijkheid begrijpen (Velibeyoglu, 1999: A - I.2).

Michel Foucault[6] was een sociaal filosoof die wilde laten zien dat theorieën over de aard van de mens en de maatschappij die als waar bestempeld worden, in de loop van de geschiedenis veranderen. Ondanks zijn persoonlijke aversie geassocieerd te worden met welke filosofische stroming dan ook, wordt hij gezien als een belangrijke vertegenwoordiger van de poststructuralistische stroming (Velibeyoglu, 1999: A - II). Hij zag zichzelf als een archeoloog die onderzoek deed naar de onderliggende, vormende systemen van de sociale werkelijkheid (Velibeyoglu, 1999: B - 1). Het idee dat het redelijke en autonome individu het milieu en de maatschappij zelf in kan richten was volgens hem een illusie. De onderliggende structuren die het mensbeeld bepalen zijn aan verandering onderhevig, en het rationele mensbeeld uit de verlichting zal volgens Foucault uiteindelijk weer verdwijnen (Cousins en Hussain, 1984).

In *Madness and Civilization* (1961) beschrijft Foucault hoe de westerse samenleving vanaf de middeleeuwen met krankzinnigen omgaat. Gekte werd in de middeleeuwen vaker gezien als een resultaat van goddelijke interventie of beheksing, dan als een afwijking. Toen lepra genezen kon worden en de leprozenkolonies leeg raakten, ontstond er ruimte om mensen die'gek' waren en als last voor de samenleving werden ervaren op te sluiten. Hieruit ontstonden inrichtingen en psychiaters, en werd gekte voor het eerst bestempeld als een mentale ziekte. Voor Foucault was dit het begin van de constructie van het idee van de 'ander'. Als poststructuralist ziet Foucault hier de onderliggende structuren van de maatschappij als vormgever van de eigenschappen van de 'ander'. De afwezigheid van deze eigenschappen construeren wat normaal is (Foucault, 1961).

De normalisatie van het individu wordt verder behandeld in'Discipline and Punish: The Birth of the Prison' (1977). De kritiek op de wijze waarop er in de moderne maatschappij met gevangenen wordt omgegaan is vergelijkbaar met de kritiek op psychiatrische instellingen van 'Madness and Civilization'. Foucault gaat in dit boek echter veel verder in op de manier waarop de samenleving bepaalt wat als afwijkend bestempeld moet worden. Vanaf de verlichting heeft een verschuiving plaatsgevonden van het openbaar uitoefenen van tucht en discipline naar een samenleving waar alle individuen constant in de gaten gehouden worden, of kunnen worden. In het begin van het boek wordt tot

[6]Michel Foucault (1926-1984) was een Franse historicus en filosoof, die geassocieerd werd met de structuralisten en poststructuralisten. Hij heeft niet alleen maar grote invloed in de filosofie, maar ook in andere humanistische en sociaal wetenschappelijke disciplines gehad. Naast een indrukwekkende academische carrière, was Foucault ook politiek actief, onder andere voor gelijke rechten van gemarginaliseerde groepen als homoseksuelen (uit Gutting, 2008).

in gruwelijke details beschreven hoe Robert-François Damiens, veroordeeld voor poging tot moord op de Franse koning Lodewijk XV, diverse lijfstraffen ondergaat, onder het oog van honderden joelende toeschouwers. Vervolgens wordt in veel neutralere taal en met toevoeging van exacte tijdstippen de bewegingen van een anonieme gevangene in een moderne gevangenis van de 19e eeuw beschreven. Het toezicht vindt op afstand plaats en de gevangene weet niet wanneer hij bekeken wordt.

Deze nieuwe vorm van toezicht behoort niet alleen maar toe aan het gevang, maar aan alle instituties van de moderne maatschappij. Foucault gebruikt een gevangenis ontwerp van de filosoof Jeremy Bentham om deze nieuwe machtsstructuur uit te leggen. Het panopticum is een koepelgevangenis waar grote groepen gevangenen onder surveillance kunnen staan door een klein aantal cipiers. De cellen zijn rond een centrale wachtpost gebouwd, van waaruit de bewegingen van gevangen zichtbaar zijn met behulp van tegenlicht (Reinman, 2004: 195). Het is een omgedraaide versie van de Middeleeuwse kerker: 'In short, the principle of the dungeon is reversed; daylight and the overseer's gaze capture the inmate more effectively than darkness, which afforded after all a sort of protection' (Foucault, 1977: 147).

Instituties als scholen, fabrieken, ziekenhuizen, de geneeskunde en de psychologie functioneren volgens Foucault allemaal als een Panopticum. Alle bewegingen van subjecten binnen deze instituties worden geregistreerd en geïnterpreteerd. Dit leidt tot een verdere uitbreiding van de eigenschappen van de 'ander' en een steeds kleiner normaalbeeld. De werking van macht is onpersoonlijk, het maakt niet uit wie er in het midden van de toren staat. Daarbij komt dat het systeem ook werkt als er niemand in de toren staat: de gevangen weten niet wanneer zij in de gaten worden gehouden worden. Om geen risico op sancties te lopen, moeten zij zich dus gedragen alsof er altijd iemand naar ze kijkt. De machtswerking wordt op deze manier geïnternaliseerd omdat iemand die weet dat hij in de gaten gehouden kan worden, verantwoordelijkheid neemt voor de beperkingen die dit oplevert en dwingt zichzelf zijn gedrag hierop aan te passen. Foucault noemt dit proces normalisatie. Het individu wordt zijn eigen subject en ziet erop toe dat hij voldoet aan het normaalbeeld (Foucault, 1977: 202).

Het mag duidelijk zijn waarom deze theorie in het licht van deze scriptie belangrijk is. Het effect van het verzamelen van gegevens wordt hier niet zoals bij liberalen op het niveau van het individu besproken, maar verbonden aan een ommezwaai van de manier waarop macht gestructureerd wordt. Internet en de geautomatiseerde elektronische verzameling en analyse van gegevens kunnen gezien een evolutie van het model van het panopticum (Velibeyoglu, 1999: B - 3 III). De cipier in het midden van de toren is geen mens

meer, maar kan een computersysteem, satelliet of een chip zijn, die bij gedragingen die afwijken van een al dan niet automatisch bepaald normaalbeeld alarm kan slaan, waarna eventueel zonder tussenkomst van menselijk contact sancties opgelegd kunnen worden. Een onschuldig voorbeeld zijn flitscamera's, die bij een snelheidsovertreding een foto nemen, waarna een volautomatisch proces in gang wordt gezet dat enkele weken later eindigt met een bon op de deurmat van de overtreder.

De metafoor van het panopticum wordt door de poststructuralisten Posner en Lyon nog verder doorgetrokken in het licht van het bestaan van databases met persoonlijke informatie, waar computers patronen op los laten om afwijkende situaties te signaleren. Volgens Posner zijn deze databases geen bedreiging voor het individu, maar een vermenigvuldiging van het individu. In de databases wordt een tweede versie van het individu gecreëerd, waar tegen opgetreden kan worden zonder dat het 'echte' individu in de gaten heeft wat er gebeurd. Lyon zegt hierop dat de echte vraag voor het postmoderne tijdperk niet gaat over de privacy van informatie, maar over waar het 'echte' individu zich bevindt als er delen van zijn persoonlijke gegevens circuleren in computersystemen, zonder dat het 'echte' individu hier zicht of controle op heeft (beiden geciteerd in Raab en Bennett, 2006: 16).

## 2.3 DILLEMA'S OVER PRIVACY IN HET HEDENDAAGSE THEORETISCHE DEBAT

Het hedendaagse debat over privacy wordt gekenmerkt door de dominantie van het liberale denkkader, waarvan ik de basis al uiteen heb gezet aan de hand van het werk van John Stuart Mill. Technologische en sociale veranderingen zorgen voor de nadruk op de privacy van informatie. Overheden zijn sinds de verlichting en de Industriële Revolutie steeds meer gegevens gaan verzamelen over burgers. Deze gegevens worden gebruikt om efficiënter met de burger om te kunnen gaan bij het innen van belasting, het verantwoorden van beslissingen die ingrijpen op het leven van burgers en het garanderen van de veiligheid van de democratie. Privacy van informatie betekent dat burgers controle moeten hebben over wat de overheid en andere burgers van hen mogen weten. Ik heb laten zien dat de communitaristische kritiek van Etzioni zich richt op specifieke maatregelen, die allemaal zijn te herleiden tot problemen met de privacy van informatie. Poststructuralisten zien de problemen met de privacy van informatie als een uitvloeisel van een maatschappij die gekenmerkt wordt door een onpersoonlijke machtsstructuur die voortdurend burgers classificeert. Poststructuralisten zien de surveillance van de samenleving als het probleem. Een deel van de literatuur binnen het liberale denkkader

kent overeenkomsten met de kritiek van de poststructuralisten.

De auteurs binnen dit grote deel van de hedendaagse literatuur zien privacy als iets dat we ooit hadden, maar ons nu afgenomen wordt door de overheid en bedrijven. Deze opvatting komt terug in een groot aantal activistische boeken en artikelen, waar de vergelijkingen van de huidige situatie met die uit Orwell's '1984' niet van de lucht zijn (zie voor een uitgebreid overzicht Raab en Bennett, 2006: 7). Al vanaf de jaren zestig wordt in dit genre gereageerd op privacybeperkende maatregelen. De kritiek en de beoogde gevolgen van de maatregelen zijn hetzelfde gebleven. Dit zorgt ervoor dat de activistische literatuur gericht blijft op losse maatregelen, maar niet verder komt met het onderwerp privacy. Dit is een belangrijke reden om de filosofische basis en de kritieken hierop te gebruiken om het debat over de totstandkoming van de Bewaarplicht te analyseren. Ik kijk in deze scriptie zelf ook naar een losse maatregel, maar ik doe dit om te kunnen bepalen hoe het invoeren van de Bewaarplicht verantwoord wordt en hoe de argumenten die hierbij gebruikt zijn in verhouding staan tot de argumenten die ik in de literatuur heb gevonden. Het activistische genre van de literatuur uit het liberale denkkader over privacy doet vermoeden dat het lastig is om de technologische ontwikkeling betreffende het verzamelen en gebruiken van gegevens over burgers op een zinnige manier te bespreken.

Het is getuige de eenzijdige blik binnen het denkkader moeilijk om uit te leggen waarom het absolute en onvervreemdbare recht op privacy soms toch geschonden mag worden. Er is sprake van een a-historische benadering, waarbij de waardering van privacy altijd hetzelfde is gebleven terwijl de omstandigheden in de maatschappij zijn veranderd. Er is ook sprake van een tunnelvisie. Bij een nieuwe maatregel wordt vaak opgemerkt dat privacy onder grote druk staat, maar er is weinig empirisch onderzoek dat probeert te bepalen wat het effect van inperkende maatregelen op privacy is. Er zijn weinig methoden te vinden die duidelijk maken hoe bepaald moet worden wanneer de vrijheid en de democratie dusdanig in gevaar zijn dat inperking van privacy geoorloofd is.

Het communitarisme bij monde van Etzioni gaat in op deze problemen. Een ideologie kan gecentreerd zijn rond één ideaal, maar in de praktijk kan een overheid alleen maar het algemeen belang dienen als per situatie belangrijke waarden tegenover dit algemene belang worden afgewogen. Liberalen hekelen de manier waarop Etzioni het algemeen belang boven individuele rechten stelt. Individuele rechten zijn volgens hen nodig om de belangen van groepen te kunnen waarborgen. Als bepaald wordt dat strafbladen publiekelijk toegankelijk moeten worden, of aanhangers van een bepaalde ideologie vaker misdrijven plegen en daarom meer in de gaten moeten worden gehouden dan andere burgers, heeft dit grote gevolgen voor die groepen mensen. In tegenstelling tot het

liberalisme biedt de communitairistische kritiek praktische handvatten om de afweging tussen privacy en andere belangen te kunnen maken. De reden waarom binnen het liberale denkkader geen praktische manier geformuleerd kan worden om deze afweging te maken, kan gezocht worden in de onvervreemdbaarheid van het recht op privacy. Dit levert spanning op in de praktijk waar dit recht niet onvervreemdbaar lijkt. De waarde van privacy is geformuleerd in een tijd waar niet goed kon worden bepaald wat de negatieve effecten zouden zijn van een doorgeschoten geloof in individuele vrijheidsrechten. Door deze stelling wordt geprobeerd om de negatieve gevolgen van de a-historische benadering van privacy op te lossen.

Communitaristen bekritiseren op concrete wijze aannames van liberalen over de hoofdtaken van de overheid, de universaliteit van rechten en het individualisme. Etzioni doet dit specifiek op het gebied van privacy bij de aannames van het liberale denkkader. Omdat het een reactie op het denkkader is, wordt er concreet ingegaan op gebruikte concepten, definities en veronderstelde problemen. Dit is niet het geval bij de poststructuralisten. In deze stroming wordt juist het hele filosofische concept van de autonomie van het individu ontkend. Doordat de maatschappij met behulp van surveillance steeds verder classificeert wat abnormaal is, wordt ook een beeld geschapen van wat als normaal wordt verondersteld. De alledaagse aanwezigheid van machtsrelaties zorgen voor normalisatie: individuen onderwerpen zich aan hun eigen surveillance om te voldoen aan het geschapen normaalbeeld.

Onder surveillance kan een individu niet autonoom zijn. Dit breekt dusdanig met het liberalisme, dat vergelijkingen op veel punten moeilijk zijn. Over het woord privacy is nauwelijks gesproken door poststructuralisten. Foucault, die de basis heeft gelegd voor deze stroming, biedt geen manier om te ontkomen aan de surveillance en normalisering: volgens hem is er geen weg terug. Moderne poststructuralisten verbinden het idee van het panopticum van Foucault aan de manier waarop databanken worden gebruikt in de informatie-samenleving. Databanken vormen geen bedreiging voor de privacy van een individu, maar realiseren door de koppeling en analyse van gegevens een vermenigvuldiging van het individu; een onafhankelijke dubbelganger die zonder dat de persoon van vlees en bloed dit weet, namens hem uitingen doet, voorkeuren uit en beslissingen maakt. De literatuur die in relatie tot gegevensverzameling over de overheid als een *Big Brother* spreekt, heeft raakvlakken met de gevaren die het poststructuralisme zien in de surveillance van de samenleving. Het grote verschil hierbij is dat liberalen de angst verwoorden dat de overheid zich tegen de burgers keert, terwijl de poststructuralisten een ander machtsbegrip hebben en zich concentreren op de gevolgen van de interne normalisering van de hele samenleving door surveillance.

De afweging tussen privacy en het algemene belang, waar liberalen moeite mee hebben, gaat niet om de reden achter de waargenomen toename van surveillance in liberale democratieën. Volgens Giddens hebben instituties vanaf de moderniteit een onstilbare honger gekregen naar informatie en kunnen zij deze stillen met behulp van nieuwe technologische mogelijkheden. Beck geeft aan dat de consequentie hiervan is dat instituties rationeel hun beslissingen kunnen verantwoorden en dat burgers door de technologische vooruitgang de beperking van vele vormen van risico's eisen. Hierdoor ontstaat een wisselwerking van vraag en aanbod tussen burger en overheid die gevoed wordt door steeds meer surveillance (Ekberg, 2007). Liberalen zouden zich ondanks onverenigbare uitgangspunten met het poststructuralisme kunnen verdiepen in de mogelijkheid om een samenleving na te streven die genoegen neemt met meer risico's en een minder efficiënte relatie tussen burgers en instituties.

Het poststructuralisme zorgt ervoor dat nagedacht kan worden over de effecten van surveillance voor de samenleving als geheel. Het liberalisme neemt het individu als uitgangspunt. Hierdoor kunnen de gevolgen van privacygerelateerde problemen voor de samenleving buiten het blikveld van de liberaal blijven. De literatuur binnen het liberale denkkader die over de overheid als *Big Brother* spreekt, heeft raakvlakken met de gevaren die poststructuralisten zien in de surveillance van de samenleving. Het grote verschil hierbij is dat liberalen de angst verwoorden dat de overheid zich tegen de burgers keert, terwijl de poststructuralisten een ander machtsbegrip hebben en zich concentreren op de gevolgen van de interne normalisering van de hele samenleving door surveillance.

Het theoretische debat is nu geschetst. In het volgende hoofdstuk beschrijf ik de omgang met privacy in de Nederlandse samenleving.

# 3 DE WEERBARSTIGE PRAKTIJK: PRIVACY EN DE BEWAARPLICHT

Uit de behandeling van het politiektheoretische debat over privacy blijkt dat de behoefte om het concept te analyseren en begrijpen niet alleen maar voortkomt uit een filosofische behoefte: er spelen problemen in de praktijk rondom privacy, die de aandacht trekken van gepassioneerde wetenschappers. Er bestaat een overlapping tussen het theoretische en publieke debat. Wetenschappers mengen zich in het publieke debat, en veel argumenten zijn in vergelijkbare vorm in beide debatten terug te vinden.

Voor een blik op het publieke debat is het belangrijk om eerst te weten hoe privacy in de samenleving beschermd wordt, en welke maatregelen een beperking vormen van het recht op privacy. Vervolgens zal ik de argumenten die gebruikt worden in het publieke debat beschrijven. Ik kijk hiervoor naar de totstandkoming van de wet op de bewaarplicht bij de Europese Unie en bij de Nederlandse regering en Staten-Generaal.

## 3.1 PRIVACY ALS MENSENRECHT

Het recht op privacy is in Nederland in artikel 10 van de Grondwet vastgelegd. Ook zijn er verdragen waar het recht op privacy expliciet wordt genoemd, zoals het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en het Europese Verdrag voor Rechten van de Mens (EVRM). Het recht geeft de grens tussen het publieke en private domein aan en beschermt de persoonlijke vrijheid en autonomie: zowel tussen de burger en de staat, als tussen burgers onder elkaar (Brouwer-Korf e.a., 2009: 5). Volgens rechtsfilosofen de Hert en Gutwirth (2004: 588-589) omvat de persoonlijke levenssfeer in Nederland 'het recht om met rust te worden gelaten en het recht om zich te beschermen tegen handelingen of beslissingen die van invloed zijn op de levensomstandigheden en dus op de vrijheid van betrokkene'. Het recht op privacy moet gezien worden als de bescherming van persoonlijke vrijheid en individuele autonomie, zowel in relatie tot de overheid als in relatie tot rechten en vrijheden van anderen. Het is een essentiële voorwaarde voor een menswaardig bestaan en een van de grondslagen van onze rechtsorde (Brouwer-Korf e.a., 2009: 5).

Deze beschrijving komt volledig overeen met de theoretische rechtvaardiging in het liberale denkkader. Het verband van privacy met vrijheid en autonomie komt terug in wetten en verdragen van liberale democratieën. Artikel 10 van de Nederlandse Grondwet geeft opvallend veel aandacht aan de privacy van informatie. De tekst van het artikel luidt:

1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

Het recht op privacy is ook vastgelegd in het EVRM en het IVBPR. Artikel 8 uit het EVRM—het recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven—luidt:

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Tot slot nog de tekst van Artikel 17 uit het IVBPR:

1. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam.
2. Een ieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting.

Uit deze codificaties van het recht op privacy op verschillende niveaus blijkt dat de functie van het recht op privacy een uniform karakter heeft. Ook is duidelijk dat de 'geest' van het recht overeenkomt met de politiek filosofische rechtvaardiging van privacy als politieke

waarde. De staat en haar burgers hebben bij hun handelen rekening te houden met dit recht. De staat moet zich kunnen verantwoorden als zij zich inmengt in de persoonlijke levenssfeer van haar burgers. Burgers mogen dit recht onderling niet schenden. Ik zal in de analyse van dit hoofdstuk en mijn casus verder ingaan op de overeenkomsten tussen de rechtvaardiging van de waarde van privacy in het theoretische denkkader en in de wet.

Er is een aantal situaties te bedenken waarin het recht op privacy een rol speelt. In de dimensie van de privacy van beslissingen kan men denken aan het respecteren van keuzes op het gebied van stemgedrag of kledingstijl. Privacy kan ook worden gezien in de lokale dimensie, waarbij het gaat om controle over de toegang van een eigen of toegeëigende ruimte. De meeste situaties in huidige democratieën waar het recht op privacy een rol speelt, spelen zich af in de dimensie van de privacy van informatie (Rössler, 2006: 8–9). Ook is er overlap tussen deze dimensies: voordat bijvoorbeeld het stemgedrag van iemand wordt beïnvloed is er vaak al een inbreuk gemaakt op de privacy van informatie, zoals inzage in het vroegere stemgedrag van deze persoon. Breder gezegd ligt er aan de bezwaren tegen inmenging op de privacy van informatie een angst voor de gevolgen ten grondslag. Het gaat er om wat er met de persoonlijke informatie en de interpretatie van deze informatie gebeurt. Zo kan de reputatie van iemand schade oplopen of kan zijn handelen direct of indirect beïnvloed worden.

Hoewel het niet geheel ondenkbaar is in zwakke- of schijndemocratieën, komt het laatste voorbeeld van het beïnvloeden van stemgedrag waarschijnlijk nauwelijks voor in liberale democratieën. In liberale democratieën is het moeilijk voor te stellen dat dergelijk machtsmisbruik aan de orde is, omdat het garanderen van een vrije stem juridisch en conventioneel hoog in het vaandel staat. Bovendien zijn soorten handelingen van burgers waar waarde aan wordt gehecht veelal speciaal beschermd, zoals inderdaad het stemrecht, maar ook het recht op demonstreren en de persvrijheid. Het belemmeren van het uitbrengen van een stem of het verbieden van een demonstratie is misschien wel een inbreuk op de privacy, maar wordt in de eerste plaats gezien als een inbreuk op het specifieke grondrecht.

## 3.2 VOOR HET ALGEMEEN BELANG: PRIVACYBEPERKENDE MAATREGELEN

In het huidige Nederland en andere liberale democratieën duiken privacykwesties vooral op als de overheid de gegevens van enkele of een groot deel van haar burgers wil gebruiken voor het promoten van het algemeen belang van haar burgers of van de democratie zelf. De opsporing, berechting en manier van straffen van het justitiële apparaat vormen

een aaneenschakeling van inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte of veroordeelde. Bij de opsporing van verdachten van zware misdrijven hebben politie en justitie steeds meer bevoegdheden. Ook nemen de bevoegdheden en middelen van de inlichtingendiensten toe. Bij de berechting van een verdachte worden veel van de gevonden gegevens bekend, en bij de veroordeling van een verdachte wordt hem zijn vrijheid ontnomen: een bijna volledige ontneming van de privacy van zijn handelen, informatie en zijn lokale privacy.

De overheid gebruikt ook voor andere doeleinden gegevens van en over haar burgers, zoals bij transport (het registreren van kentekens om naar aantal gereden kilometers te belasten en de chipkaart in het openbaar vervoer bijvoorbeeld) en in de zorgverlening (zoals het combineren van regionaal bekende medische gegevens door middel van een centrale zoekmachine).

Waar de overheid—gehouden aan wettelijke voorschriften en beslissingsprocedures—toch besluit om zich te mengen in de persoonlijke levenssfeer van een burger, wordt er gesproken van inmenging of inperking van de privacy. Bij onrechtmatige (dus onwettige) inmenging is er sprake van inbreuk op de privacy. Ik concentreer mij hier op situaties waar de bemoeienis met de persoonlijke levenssfeer door de overheid legitiem wordt verondersteld. Daarom zal ik dit inperking noemen.

De blik op het theoretische debat heeft duidelijk gemaakt dat een groep wetenschappers zich zorgen maakt over de toenemende hoeveelheid maatregelen en instrumenten die de privacy inperken. Privacy is iets dat we ooit hadden, maar nu stukje bij beetje van ons af wordt genomen. Deze stelling is niet genuanceerd en verdient verdere onderbouwing, privacy kan immers tegelijk ook beschermd worden door maatregelen, en het effect van iedere maatregel op de privacy van burgers is niet meteen duidelijk. Ondanks dat levert een overzicht van nieuwe bevoegdheden en maatregelen in Nederland een beeld van toenemende privacy beperking op. Omdat veel discussies over privacy in de theorie en praktijk over losse maatregelen of kwesties worden gevoerd, is het van belang een beeld te kunnen vormen van het effect die deze maatregelen samen op de privacy van burgers kunnen hebben.

Hiertoe schets ik een niet-uitputtend overzicht van maatregelen in Nederland van het afgelopen decennia. De meeste maatregelen houden een verruiming in van de bevoegdheden van politie, justitie en opsporingsdiensten. Toch zijn er ook maatregelen die niet om de veiligheid, maar om het dienen van een ander onderdeel van het algemeen belang in het leven zijn geroepen. Voorbeelden hiervan zijn het Elektronisch Kind Dossier; het Elektronisch Patiënten Dossier; de verplichte registratie van psychiatrische aandoenin-

gen; de OV chipkaart en de invoering van de kilometerheffing.

In het Elektronisch Kind Dossier (EKD) wordt vanaf 1 juli 2010 van ieder kind tot het 19e levensjaar een grote hoeveelheid medische en sociale gegevens vastgelegd. Voorbeelden uit de vragenlijst behorende tot het dossier, die door de ouders maar ook door hulpverleners ingevuld worden, zijn vragen over de religie van het kind en ouders; over bijzonderheden van de omgeving waar het kind opgroeit; over de opvoedingsstijl van de ouders; over de hygiëne van het kind; en over het gedrag en concentratieproblemen van het kind. De gegevens in het EKD worden tot het 19e levensjaar bewaard, maar kunnen bij een incident —zoals de veroordeling voor een strafbaar feit—10 jaar langer bewaard worden. Volgens de brief bij het goedgekeurde wetsvoorstel is het de bedoeling dat bij een geconstateerde slechte opvoeding ouders via de rechter gedwongen kunnen worden bij te aanvaarden hulp.[7]

In februari 2009 werd het Elektronisch Patiënten Dossier (EPD) in de Tweede Kamer goedgekeurd. Afhankelijk van de goedkeuring in de Eerste Kamer zullen zorgaanbieders zich in 2010 verplicht moeten aansluiten op het EPD. Huisartsen, specialisten en apothekers kunnen dan veel makkelijker dan voorheen gegevens van patiënten raadplegen, die dan allemaal in een centrale database worden opgeslagen. Nederlanders kunnen het dossier zelf inzien of bezwaar maken tegen opname.[8]

De OV-chipkaart is een uniforme vervanging voor de vervoersbewijzen van de verschillende vervoersbedrijven in Nederland. De pas wordt bij het begin en eind van de reis langs een kaartlezer gehaald, waarna het tarief van de reis van het saldo op de chip wordt ingehouden. Inmiddels kan er bijna in heel Nederland met de kaart gereisd worden. Oude vervoersbewijzen worden langzaam uitgefaseerd, bij de nieuwe aanschaf van een vervoersbewijs kan bij de meeste bedrijven alleen nog maar voor een chipkaart gekozen worden. Een anonieme chipkaart aanschaffen is mogelijk, maar hiermee kan niet gebruik worden gemaakt van kortingsregelingen of een abonnement. Hiervoor is een chipkaart op naam nodig. Bovendien wordt bij betaling met bankpas of creditcard voor de anonieme kaart nog steeds een koppeling met het nummer van de kaart en de bankrekening van de houder aangemaakt. De vervoersbedrijven slaan de reisgegevens van gebruikers zeven jaar op in een database. De gegevens worden niet gebruikt voor marketingdoeleinden en zijn alleen onder strenge voorwaarden voor medewerkers van vervoersbedrijven beschikbaar. De invoering van de pas verliep stroef nadat bleek dat Duitse hackers de beveiliging van de chip hadden gekraakt. Dat beveiligingslek bestaat nog steeds gedeeltelijk, maar heeft

[7] zie 'Alle kansen voor alle kinderen' *Kamerstukken II*, 2007/08, DJG-2781707

[8] zie Dossier Eerste Kamer, http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31466_elektronisch, geraadpleegd op 20 december 2009

bij de invoering van de chip niet geleid tot een hoger percentage van fraudering dan bij de oude vervoersbewijzen het geval was.[9]

De verruiming van de bevoegdheden van politie, justitie en opsporingsdiensten van het afgelopen decennia bestaan onder andere uit ruimere bijzondere opsporingsbevoegdheden; het vorderen van gegevens bij derden; de identificatieplicht en het biometrisch paspoort; de Wet computercriminaliteit II; DNA-onderzoek; en de bewaarplicht. Deze maatregelen zijn beschreven in het rapport "Van Privacyparadijs tot Controlestaat?' van het Rathenau Instituut[10]. Ik heb een selectie uit dit rapport gemaakt en aangevuld met extra informatie.

Van groot belang voor de privacy van burgers in het algemeen zijn de bijzondere opsporingsbevoegdheden van de Nederlandse veiligheidsdiensten en de Wet bevoegdheden vorderen gegevens. Deze maatregelen zorgen ervoor dat justitie en politie met een gerechtelijk bevel bedrijven kunnen verplichten gegevens uit hun databestanden te overleggen. Veiligheidsdiensten kunnen bovendien ook beschikken over alle gegevens die de overheid van burgers heeft vastgelegd, zonder tussenkomst van de rechter. Dit betekent dat de gegevens van de maatregelen die ik hiervoor genoemd heb—die oorspronkelijk niet in het leven zijn geroepen voor een veiligheidsdoel—ongelimiteerd opvraagbaar zijn. De AIVD kan nu bijvoorbeeld beschikken over de reisgegevens van alle burgers die gebruik maken van de OV chipkaart. Een voorbeeld van interessante bedrijven voor het vorderen van gegevens zijn sociale netwerk sites als Hyves, waarvan de gegevens al enkele keren gebruikt zijn in politie onderzoeken.[11]

De Wet computercriminaliteit II uit 2006 maakt het voor politie en justitie mogelijk om computerverkeer af te tappen. Vertrouwelijke communicatie via de computer valt niet onder het briefgeheim. Verkregen versleutelde data moet op verzoek openbaar gemaakt worden.

In 2005 is de identificatieplicht voor iedereen vanaf 14 jaar in werking getreden. In 2008 werd bepaald dat ieder paspoort in Europa een chip moet hebben waar de vin-

---

[9]zie 'De OV-chipkaart en uw persoonsgegevens', http://www.ov-chipkaart.nl/pdf/22246/ovchipenuwpersoonsgegevens; 'OV Chipkaart - Tweede Kamer [...]' http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/dossiers/ov_chipkaart_januari_februari.jsp; 'Ov-chipkaart gekraakt: hoofdprijs voor hackers', http://www.volkskrant.nl/economie/article493049.ece/ov-chipkaart_gekraakt_hoofdprijs_voor_hackers, allen geraadpleegd op 8 januari 2010.

[10]Het Rathenau Instituut is een onafhankelijke organisatie die over de betekenis van technologie op de samenleving rapporteert aan de Nederlandse politiek en zich mengt in het maatschappelijk debat. Daarbij brengt het instituut het Nederlandse wetenschapssysteem in kaart. Het instituut is ingesteld en gefinancierd door het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Via http://www.rathenau.nl/organisatie/kerntaken.html, geraadpleegd op 2 februari 2010.

[11]'Dossier Bevoegdheden vorderen gegevens (29.441) - Eerste Kamer', http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/29441_bevoegdheden_vorderen, geraadpleegd op 3 januari 2010.

gerafdrukken, persoonsgegevens en een foto van de houder op staan. De Eerste Kamer is in juni 2009 akkoord gegaan met de Nederlandse implementatie van de Richtlijn, waardoor een landelijk bestand met alle gegevens wordt ingevoerd. Dit bestand wordt toegankelijk voor politie en opsporingsdiensten, de gegevens mogen opgevraagd worden als het nodig is vingerafdrukken te vergelijken en er een concrete verdenking is. Voorheen werden alleen de vingerafdrukken van verdachten afgenomen, maar binnenkort zijn de vingerafdrukken van iedereen ouder dan 14 jaar opgeslagen. Om in Nederland te kunnen werken, verzekerd te kunnen zijn en te kunnen stemmen is een paspoort nodig (Vedder e.a., 2007: 21–32).[12]

De bewaarplicht behoort ook tot de privacybeperkende maatregelen die de bevoegdheden van het justitiële apparaat vergroten. Het is tevens de casus van mijn scriptie. Het einde van deze lijst met maatregelen markeert daarmee ook het einde van mijn algemene bespreking over privacy in de praktijk. De wijze waarop de privacy van burgers in de praktijk beschermd wordt, en hoe deze ingeperkt kan worden, is nu duidelijk. Ik zal nu een korte ontstaansgeschiedenis van de bewaarplicht presenteren. Hierna komen de argumenten van het debat over de bewaarplicht aan bod.

## 3.3 DE BEWAARPLICHT

In 2005 is een Richtlijn voorgelegd aan de Raad van de Europese Unie en ter mede beslissing aan het Europees Parlement, waarin staat dat Lidstaten van de Europese Unie (EU) ertoe worden verplicht telecom- en internetproviders verkeersgegevens een bepaalde tijd te laten bewaren voor justitiële doeleinden. De Richtlijn is ondertekend en goedgekeurd door de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement op 15 maart 2006. Voluit luidt de Richtlijn: 'Richtlijn 2006/24/EG betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG'. Ik zal deze vanaf nu 'de dataretentierichtlijn' noemen. De reactie van de Nederlandse regering was positief:

[12]Wijziging van de Paspoortwet in verband met het herinrichten van de reisdocumentenadministratie, *Kamerstukken I*, 2008/2009, 31 324 A

> Nederland is in beginsel positief over een bewaarplicht voor verkeersgegevens. Het is van belang dat op korte termijn een inhoudelijk goede regeling tot stand komt. Daarbij geeft Nederland de voorkeur aan een richtlijn onder de eerste pijler. De voorgestelde bewaartermijnen en de in de bijlage voorgestelde lijst van te bewaren gegevens sluiten goed aan bij de bevindingen van de Erasmus Universiteit naar het nut en de noodzaak van een bewaarplicht voor verkeersgegevens.[13]

De stand van zaken op het moment van schrijven valt terug te lezen op de dossier van de Eerste Kamer over de dataretentierichtlijn:

> Richtlijn 2006/24/EG diende voor 15 september 2007 geïmplementeerd te zijn. Daartoe is op 14 september 2007 een voorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten ingediend (Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens [...]) dat op 22 mei 2008 is aangenomen door de Tweede Kamer. [...] VVD, ChristenUnie, SGP, CDA, PVV en het lid Verdonk stemden voor. De Eerste Kamer heeft het voorstel op 7 juli 2009 aangenomen. PvdA, GroenLinks, SP, D66 en de PvdD stemden tegen. Tijdens deze behandeling op 6 en 7 juli 2009 is een achttal moties ingediend. De minister heeft aangekondigd middels wetswijziging de bewaarplicht ten aanzien van internet gegevens terug te zullen brengen tot zes maanden.[14]

De Europese Commissie noemt in haar voorstel van de dataretentierichtlijn uit 2005 als voornaamste reden van de noodzaak tot een bewaarplicht dat het bewaren van verkeersgegevens van belang is voor wetshandhaving- en veiligheidsdoeleinden, zoals het voorkomen, onderzoeken, opsporen en vervolgen van zware criminaliteit (moord, georganiseerde misdaad en terrorisme). Er is recent steeds minder noodzaak voor providers om gegevens voor het opstellen van facturen te bewaren, en volgens de Commissie wordt er daarom veel belangrijke informatie misgelopen:

> Deze ontwikkelingen maken het kortom moeilijker voor overheidsinstanties om hun taken op het gebied van preventie en bestrijding van georganiseerde misdaad en terrorisme te vervullen en eenvoudiger voor criminelen om met elkaar te communiceren zonder dat hun gegevens door die instanties kunnen worden gebruikt om hun plannen te dwarsbomen. (Commissie van de Europese Gemeenschappen, 2005: 2)

---

[13] Zie BNC-fiche nummer 22112, 407, 3.

[14] http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31145_wet_bewaarplicht, voor het laatst geraadpleegd op 5 januari 2010.

In de conclusies van de Europese Raad op dit voorstel op 16 en 17 juni, en op de bijzondere vergadering van de Raad Justitie en Binnenlandse Zaken naar aanleiding van de terreuraanslagen in Londen is prioriteit gegeven aan de noodzaak van de bewaarplicht voor dit doel. De richtlijn oefent weliswaar druk uit op artikel 7 (privacy) en 8 (persoonsgegevens) van het Handvest van de Grondrechten van de EU, maar is gerechtvaardigd omdat het volgens de commissie een proportionele en noodzakelijke maatregel is om de 'algemeen erkende doelstellingen van preventie en bestrijding van misdaad en terrorisme te bereiken'. Er wordt gewezen op het verschil tussen verkeersgegevens en communicatie. Aan verkeersgegevens valt slechts af te lezen wie op welke plek en tijdstip een bepaalde communicatieverbinding maakt, niet wat de feitelijke inhoud van de communicatie is (Commissie van de Europese Gemeenschappen, 2005: 3).

Een tweede argument is de noodzaak om verschillende bestaande regels in Lidstaten te harmoniseren. In sommige landen was er al nationale wetgeving die het bewaren van gegevens voorschreef, terwijl dit in andere landen niet het geval was. Omdat dit oneerlijke internationale concurrentie opleverde tussen telecom- en internetaanbieders, was het eerlijker en noodzakelijk om hier Europese regels voor op te stellen.

Het Europees Parlement is akkoord gegaan met een compromis van de inhoud van de dataretentierichtlijn. De noodzaak om gegevens op te slaan voor de vervolging en opsporing van ernstige misdrijven wordt erkend, maar er moet van tevoren duidelijk gemaakt worden wat deze misdrijven precies zijn, en het mag niet worden gebruikt om deze misdrijven te voorkomen. De termijn is teruggeschroefd van twaalf tot 24 naar zes tot twaalf maanden, toegang mag alleen per geval bepaald worden door een rechter en de providers moeten volledig worden gecompenseerd.

De Nederlandse regering heeft een voorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet en de Wet op de economische delicten ingediend om aan de dataretentierichtlijn te voldoen. Op 22 mei 2009 is het voorstel aangenomen door de Tweede Kamer, met een amendement van de ChristenUnie waarin staat dat de termijn maximaal twaalf maanden mag zijn, en dat de evaluatie van de wet niet één keer in de drie, maar één keer in de vijf jaar moet plaatsvinden.

Het voorstel is op 7 juli 2009 met acht moties aangenomen door de Eerste Kamer.[15] Aanvankelijk was een meerderheid tegen de wetswijziging, maar nadat de minister van Justitie Ballin zich had verenigd met de ingediende moties ontstond er alsnog een meerderheid om voor de wijziging te stemmen. In de moties staat dat de gegevens van

[15]zie 'Eerste Kamer der Staten-Generaal - Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens (31.145)', http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31145_wet_bewaarplicht, geraadpleegd op 3 januari 2009

internetaanbieders niet twaalf, maar zes maanden bewaard zullen worden. Telecommunicatie aanbieders moeten de gegevens nog steeds twaalf maanden bewaren. Verder moet de regering de Europese Commissie op de hoogte stellen van verdere bezwaren van de Eerste Kamer en aandringen op uitgebreide aandacht voor de effectiviteit van de maatregel bij de evaluatie van de wet.[16]

## 3.4 DE STRIJD BARST LOS: DE ARGUMENTEN ROND DE BEWAARPLICHT

Er is levendig gediscussieerd over de maatregel. In het Europees Parlement en de Nederlandse Eerste en Tweede kamer waren de voor- en tegenstanders duidelijk aan te wijzen. In de pers zijn opiniërende stukken verschenen die relateren aan de casus. Mijn doel is hier argumenten uit te halen die ik in het volgend hoofdstuk kan vergelijken met de gevonden veronderstellingen, rechtvaardigingen en kritiek uit het theoretisch hoofdstuk. Voor de politieke argumenten heb ik de verslagen van Europese Commissie, het Europees Parlement, de Nederlandse Eerste en Tweede kamer gebruikt. Hierin heb ik ook de genoemde onderzoeken en adviezen van toezichthouders en andere betrokken partijen bestudeerd. De stukken in de pers heb ik gevonden door de zoekopdracht 'bewaarplicht' of 'dataretentie' in de digitale krantenbank Lexisnexis in te voeren. In de landelijke kranten en opiniebladen van juli 2007 tot heden heb ik 81 artikelen over de bewaarplicht gevonden. Veel van deze artikelen bevatten alleen feitelijke informatie en geen argumenten. Uiteindelijk heb ik in 8 artikelen argumenten gevonden die ik representatief acht voor het gevoerde debat.

Het is niet mijn bedoeling een kwantitatieve analyse te maken die duidelijk kan maken welke argumenten er het meest gebruikt zijn, of de argumenten te sorteren op de politieke kleur of invloedssfeer van de eigenaar. Het is ook niet passend om deze argumenten al meteen in de hokjes 'voorstander' en 'tegenstander' te stoppen. Om dit te voorkomen heb ik gekozen voor een verdeling van de argumenten op basis van het nut en doel van de maatregel; en over het effect van de maatregel op de privacy van burgers. Of iemand voor- of tegenstander is, wordt bepaald door een afweging tussen deze belangen. Hierdoor kan de mening over de maatregel ook genuanceerd worden: een voorstander van de maatregel kan bijvoorbeeld zowel argumenten aandragen over de noodzakelijkheid van het beschermen van het recht op privacy als de noodzakelijkheid van de bewaarplicht, en uiteindelijk het doel van de bewaarplicht boven de waarde van privacy stellen. Met deze verdeling kan ik aan de argumenten uit dit voorbeeld evenveel aandacht geven.

[16] zie 'Eerste Kamer der Staten-Generaal - Minister krijgt na concessie steun in Eerste Kamer voor aanpassing Telecommunicatiewet', http://www.eerstekamer.nl/nieuws/20090708/minister_krijgt_na_concessie_steun, geraadpleegd op 3 januari 2009

**Argumenten over het doel van de bewaarplicht**

Het voorgestelde nut van de maatregel voor de Europese Commissie is al duidelijk geworden uit de ontstaansgeschiedenis die ik zojuist heb gegeven: de bewaarplicht is noodzakelijk omdat de gegevens van belang zijn voor wetshandhaving- en veiligheidsdoeleinden. Dit omdat er door de providers steeds minder verkeersgegevens voor factureringsdoeleinden werden bewaard. De misgelopen informatie maakt het moeilijker voor overheidsinstanties om terrorisme te bestrijden en maakt het leven voor criminelen makkelijker omdat zij vrijer kunnen communiceren. De Europese Commissie heeft ook verslag uitgebracht van de wetshandhavinginstituties van de lidstaten. Zij zijn grote voorstanders van de bewaarplicht. Bij jarenlang voortslepende zaken van zware delicten zoals bomaanslagen en andere terroristische activiteiten, moord en het plegen van misdaad in georganiseerd verband kunnen de gegevens erg nuttig blijken. Ook is de preventie van deze delicten beter uit te voeren als de instanties over de informatie beschikken. Zij willen de gegevens zolang mogelijk bewaren (Commissie van de Europese Gemeenschappen, 2005). Ook de Nederlandse politie en justitie hebben verzocht om een zo lang mogelijke bewaartermijn.[17]

In de bespreking van de bewaarplicht in de Tweede Kamer legt minister van Justitie Ballin uit waarom hij de dataretentierichtlijn een goede zaak vindt.[18] De bestrijding van ernstige misdrijven is volgens hem een goed en serieus doel. Juist bij zeer ernstige misdrijven kunnen de verkeersgegevens zeer waardevol zijn, vooral als een zaak anders was vastgelopen. Grote zaken lopen vaak voor een lange tijd en juist dan zijn vaak gegevens van een jaar terug nodig. De minister staaft deze argumenten met het onderzoek 'Wie bewaart heeft wat' dat de Erasmus Universiteit heeft uitgevoerd. Hierin wordt gesteld dat het bewaren van verkeersgegevens van groot belang kan zijn voor opsporingsonderzoeken. Dit hebben ze gedaan door tientallen strafzaken te bekijken en hierbij te bepalen welke rol al eerder bewaarde verkeersgegevens hebben gespeeld. Ook werd bepaald welke rol gegevens hadden kunnen spelen die nu niet voorhanden waren, maar dit wel zouden zijn als de bewaarplicht ingevoerd was. De meeste gegevens werden ten tijde van het onderzoek drie maanden bewaard, en hoewel dit vaak voldoende was, pleitten de onderzoekers voor een bewaartermijn voor één jaar. Hierbij geven ze aan dat het voorkomt dat in een onderzoek nieuwe verdachten kunnen opduiken: de termijn om gegevens te kunnen opvragen is dan verstreken. Dit komt vooral voor bij grote onderzoeken naar zware delicten en bij onderzoeken met een internationaal karakter (Mevis e.a., 2005: 42–47).

[17]Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 145, F
[18]Bewaarplicht telecommunicatiegegevens, *Kamerstukken II*, 2007/08, 83 5828

Het College Bescherming Persoonsgegevens[19] (CBP) merkt op dat bij de onderzochte zaken alleen verkeersgegevens van telefoonnetwerken een rol speelden. De gegevens hiervoor waren in bijna alle zaken al beschikbaar bij de aanbieders. Om een beeld te krijgen van de rol die verkeersgegevens van internetaanbieders in zaken kunnen spelen, hebben de onderzoekers gesprekken gevoerd met politie en justitie. Het CBP citeert uit het rapport:

> Nu op basis van het dossieronderzoek geen valide conclusies kunnen worden getrokken ten aanzien van nut en noodzaak van een (verruiming van de) bewaartermijn is besloten om door middel van interviews en een ronde tafel-gesprek meer inzicht te verkrijgen in de problemen die binnen de opsporing worden ondervonden ten aanzien van het verkrijgen van historische verkeersgegevens met betrekking tot communicatie via internet service providers. (Mevis e.a., 2005: 23)

Het CBP meent dat het invoeren van de bewaarplicht een zeer ingrijpende maatregel voor burgers is waarvan de noodzaak onweerlegbaar aangetoond moet worden (College Bescherming Persoonsgegevens, 2007: 2). Die noodzaak laat volgens het college te wensen over. De minister stelt bovendien dat de voorgestelde termijn van het onderzoek als een minimum moet worden beschouwd. Dit stuit het college tegen de borst, gezien dit nog verder gaat dan de termijn van een jaar uit het in hun ogen niet zorgvuldige onderzoek (College Bescherming Persoonsgegevens, 2007: 5).

Bij het aannemen van het voorstel door de Eerste Kamer wordt in de aangenomen en gewijzigde motie van H. Franken de Nederlandse regering verzocht om de Europese Commissie op de hoogte te stellen van de bezwaren van de Eerste Kamer. Deze zijn volgens de motie 'reeds in de discussie rond de totstandkoming van de Europese regelgeving omtrent de bewaarplicht' geuit. De maatregel kan volgens de Kamer slechts in beperkte mate nuttig en noodzakelijk zijn, vooral bij verkeersgegevens van internet.[20] De kritiek van Hans Franken[21] komt overeen met die van het CBP. In een brief uit 2005 aan de minister van

[19]"Het College Bescherming Persoonsgegevens houdt toezicht op de naleving van wetten die het gebruik van persoonsgegevens regelen. Het CBP houdt dus toezicht op de naleving en toepassing van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), de Wet politiegegevens (Wpg) en de Wet gemeentelijke basisadministratie (Wet GBA). Bij het CBP moet het gebruik van persoonsgegevens worden gemeld, tenzij hiervoor een vrijstelling geldt."Citaat uit http://www.cbpweb.nl/Pages/ind_cbp.aspx, geraadpleegd op 10 januari 2010.

[20]Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 145, N

[21]"Hans Franken is sinds 28 september 2004 lid van de CDA-fractie in de Eerste Kamer. Hij is hoogleraar informatierecht aan de Universiteit Leiden. De heer Franken is vice-voorzitter van de vaste commissies voor Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking en voor de JBZ-Raad. Tevens is hij vice-voorzitter van de CDA-fractie in de Eerste Kamer."Citaat uit http://www.eerstekamer.nl/persoon/prof_mr_h_franken_cda, geraadpleegd op 10 januari 2010.

Justitie plaatst senator Franken al vraagtekens bij de effectiviteit van de maatregel, die wat internet gegevens betreft eenvoudig te omzeilen zou zijn door gebruik te maken van buitenlandse communicatiediensten. Deze hoeven zich niet aan de Nederlandse instelling van de bewaarplicht hoeven te houden.[22] In het debat in de Tweede Kamer weersprak minister van Justitie Ernst Ballin dit argument. Volgens hem kunnen er, ondanks het gebrek aan gegevens van buitenlandse communicatiediensten, nog steeds veel nuttige gegevens bewaard worden. Bovendien zal wel duidelijk worden dat de verdachte van een buitenlandse communicatiedienst gebruikt heeft gemaakt, wat een rechtshulpverzoek om toegang te krijgen tot deze gegevens bij bijvoorbeeld de Amerikaanse autoriteiten mogelijk maakt.[23]

In de gevonden artikelen in de landelijke kranten en opiniebladen is veel kritiek op de maatregel te vinden. Zo schrijft *de Volkskrant* over een rapport over het nut van de bewaarplicht in Duitsland (Persson, 2008). Dit onderzoek richt zich net als dat van de Erasmus Universiteit op strafzaken waar de verkeersgegevens van telecommunicatie aanbieders een rol hebben gespeeld. Hoewel de gegevens nuttig blijken bij aanknopingspunten in onderzoek, vormen ze vrijwel nooit een hard bewijs. De gegevens die gebruikt worden zijn bovendien nooit ouder dan een paar weken. Zes maanden lang is volgens het rapport al een erg lange tijd en is niet aan te bevelen. De hoeveelheid informatie is te groot en werkt eerder averechts, omdat de politie zich hier geen raad mee weet (Albrecht e.a., 2003). Dit argument komt vaker terug: senator Franken zegt in *Trouw* dat maatregelen als de bewaarplicht veel last creëren. 'Je hebt niets aan deze richtlijn. Eerst zochten opsporingsinstanties gericht naar een verdachte. Nu hebben ze plotseling de communicatiegegevens van 450 miljoen Europeanen. Dat is zoeken naar een druppel in de oceaan.' (Boon, 2008) Bert-Jaap Koops[24] zegt in een artikel van Marie-José Kleef in *Vrij Nederland* dat het oplossen van misdaden nog steeds af hangt van mensen, interpretatie, analyse en capaciteit, los van de hoeveelheid gegevens die is verzameld. Ook Jacob Kohnstamm[25] geeft aan dat een tekort aan informatie niet het probleem is. Hij neemt

---

[22]Zie 'Bijdrage senator Franken JBZ overleg over bewaarplicht', behorend bij *Kamerstukken I*, 2005/06, 23 490, te vinden op http://tinyurl.com/frankenbewaarplichtbrief, geraadpleegd op 1 juli 2009

[23]Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, *Kamerstukken I*, 2008/09, 31 145, F: 4

[24]"Prof. dr. Bert-Jaap Koops is hoogleraar regulering van technologie aan de Universiteit van Tilburg en lid van De Jonge Akademie. Hij studeerde algemene literatuurwetenschap en wiskunde in Groningen en promoveerde in rechten in Tilburg."Citaat uit http://www.pbo.nl/index.php?option=com_pac&view=auteur_detail&id=59554, geraadpleegd op 10 januari 2010.

[25]Jacob Kohnstamm was ten tijde van dit citaat voorzitter van het College bescherming persoonsgegevens. Na de voltooiing van zijn studie rechten aan de Universiteit van Amsterdam werd hij advocaat. Van 1981 tot 1994 was hij twee keer lid van de Tweede Kamer der Staten Generaal. Hij was staatssecretaris van Binnenlandse Zaken van 1994 tot 1998. Hierna is hij vanaf 1999 lid van de Eerste Kamer der Staten Generaal voor D66. Via http://www.cbpweb.nl/Pages/ind_cbp_college_kohnstamm.aspx, geraadpleegd op 10 januari 2010.

de moord op Theo van Gogh als voorbeeld: 'Als je terugkijkt, moet je constateren dat politie en justitie al veel informatie hadden over Mohammed B. en de Hofstadgroep. Een tekort aan informatie was niet het probleem. Kennelijk is er op de beschikbare informatie geen goede analyse losgelaten' (Kleef, 2007).

Buiten politici is Richard de Mulder[26] de enige voorstander van de bewaarplicht in de gebruikte artikelen. In een stuk in *de Volkskrant* zegt hij: 'In de bezwaren van de tegenstanders zit veel irrationaliteit [...] Ze schieten steeds in de privacy-stuip, maar dat is allemaal angst voor nieuwe technologie.' Het nut van de bewaarplicht kan volgens de Mulder nu nog niet bewezen worden omdat de gegevens van 6 of 24 maanden oud er logischerwijs nog niet zijn. Nieuwe vormen van criminaliteit vragen om nieuwe vormen van opsporing en dan is dataretentie misschien een optie, aldus de Mulder.

**Argumenten over het effect op de privacy van burgers**

In de uiteenzetting van de maatregel is al duidelijk geworden dat de Europese Commissie heeft erkend dat de maatregel raakt aan het recht op privacy, maar dat hierbij in acht moet worden genomen dat het doel van de maatregel hier tegen op weegt en dat de inhoud van de communicatie ongemoeid blijft (Commissie van de Europese Gemeenschappen, 2005: 3). Minister Ballin sluit zich hierbij aan: de inbreuk op de privacy is niet zo ingrijpend dat het opweegt tegen het doel van de maatregel. Volgens het CBP gaat de dataretentierichtlijn en de implementatie hiervan voorbij aan de eisen die het EVRM stelt in artikel 8. Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag alleen als dit voor een democratische samenleving noodzakelijk is. Het bewaren van de gegevens van alle burgers in Nederland beschouwt het college als een zeer ingrijpende maatregel. De noodzaak moet onweerlegbaar kunnen worden aangetoond, en uit de argumenten van het CBP blijkt dat het college vindt dat dit niet gebeurt. Het CBP merkt op dat het woord 'noodzakelijk' in het EVRM niet hetzelfde betekent als onmisbaar, toelaatbaar, bruikbaar, redelijk of wenselijk:

> Met de aldus tot stand gekomen conclusie dat een bewaarplicht van een jaar wenselijk zou zijn, is evenwel nog niet voldaan aan het noodzakelijkheidscriterium uit artikel 8 EVRM: "(a) the adjective "necessary" is not synonymous with "indispensable", neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary", "useful", "reasonable" or "desirable […]." (College Bescherming Persoonsgegevens, 2007: 3)[27]

[26]Richard de Mulder is hoogleraar informatica en recht aan de Erasmus Universiteit. Hij heeft echter niet meegewerkt aan het eerder besproken rapport 'Wie Bewaart Heeft Wat' van de universiteit. Via http://www.omv.nl/Website/English/organisatie/cveesomv/Mulder/Mulder.html, geraadpleegd op 20 januari 2010.

[27]geciteerd uit EHRM 25 maart 1983, Silver and others v. United Kingdom, nr. 97.

De tegenstanders in het debat hebben met verschillende argumenten duidelijk gemaakt dat de maatregel een negatieve impact heeft op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zo wordt door Kamerlid van Dam aangegeven dat veel mensen het vastleggen van gegevens alleen al een ingreep op de privacy vinden. Kamerlid Anker stelt dat, in tegenstelling tot vroeger, er tegenwoordig geen keuze meer is wat betreft de opslag van allerlei gegevens van burgers. Volgens het Kamerlid moet er juist gediscussieerd worden over hoever je mag gaan in het bewaren van gegevens. Stellen dat de gegevens er nou eenmaal zijn is daarom onjuist. Gegevens worden al langer gebruikt voor het innen van belastingen en bij providers voor het sturen van rekeningen, maar hier is het doel eenvoudig te kaderen en te verantwoorden. De vraag is of de overheid belanghebbende mag zijn als het gaat om gedragingen van alle burgers in de publieke of privésfeer. Volgens het Kamerlid moet daar voorzichtig mee omgesprongen worden.[28]

Argumenten zoals die van Kamerlid Anker worden in de politieke behandeling van de maatregel slechts zijdelings gesteld. De vraag hoe ver de overheid mag gaan in het verzamelen van gegevens is erg algemeen, en moeilijk te stellen als er gedebatteerd moet worden over het aannemen van een specifieke wet of maatregel. Bij de bewaarplicht is dit extra lastig, omdat het de implementatie van een Europese Richtlijn betreft. Nederland is verplicht om deze—binnen de gegeven vrijheid in het bepalen van de termijn—om te zetten in nationale wetgeving. Argumenten van politici gaan daarom vooral in op de effectiviteit en proportionaliteit van de maatregel.

In de artikelen over de bewaarplicht in de pers zijn naast argumenten over de maatregel zelf wel veel algemene argumenten over de invloed van de Nederlandse overheid op de persoonlijke levenssfeer te vinden. Anders dan in het politieke debat geven de meeste argumenten blijk van afkeuring ten opzichte van de maatregel en de effecten van de toename van gegevensverzameling door de overheid in het algemeen. In het eerder aangehaalde artikel uit *Vrij Nederland* zegt Jacob Kohnstamm dat het opslaan en opvragen van data over niet-verdachte mensen een breuk is met het principe dat burgers onschuldig zijn totdat het tegendeel wordt bewezen. Bij zo'n grote verzameling gegevens acht hij het reëel dat onschuldige mensen in een verdachte hoek worden geplaatst. Bart-Jan Koops vult hem aan in het artikel door uit te leggen dat iemand die ooit een keer met een misdadiger gebeld heeft daar later last mee kan krijgen door de maatregel, terwijl hij geheel onschuldig is. Ook kunnen identiteiten per ongeluk verwisseld worden. Volgens Koops is het al vaker voorgekomen dat er invallen zijn geweest bij onschuldige burgers op basis van een verkeerde analyse van informatie (Kleef, 2007). Senator Franken geeft in *Trouw* ook een voorbeeld, waar hij vervolgens een conclusie aan verbindt:

[28]Bewaarplicht telecommunicatiegegevens, *Kamerstukken II*, 2007/08, 83 5828

> Een man belde laatst in België vanuit de auto naar zijn vrouw. De volgende dag kreeg de nietsvermoedende man plotseling een belletje van de politie. 'Meneer, wij zagen dat u gisteren daar en daar was, waar ook een inbraak was gepleegd. Wat deed u daar?' Die man was op het verkeerde moment op de verkeerde plek, hij had niets met de inbraak te maken. Toch voelde hij zich in de verdediging gedrukt. Je zou kunnen zeggen: wat maakt het uit. Maar dit voorbeeld is erger dan op het eerste gezicht lijkt. Een belangrijk levensbeginsel van deze man is geschonden. Privacy is als een immuunsysteem. Een mens moet zelf weten wat een ander mag weten en wat niet. Dat immuunsysteem wordt nu afgebroken. (Boon, 2008)

In een ingezonden stuk in *NRC Handelsblad* betogen 15 hoogleraren[29] dat door de bewaarplicht 'niet alleen veiligheid en privacy, maar ook de aard van de maatschappij waarin we leven' op het spel staat. We zijn op weg een politiestaat te worden omdat er 'onvermijdelijke fouten gemaakt gaan worden die leiden tot het lastig vallen van onschuldige burgers en vooral omdat iedereen als verdachte wordt beschouwd' (Koops e.a., 2008).

De zorg om afbraak van de persoonlijke levenssfeer is buiten de gevolgen voor onschuldige burgers ook gelegen in wat de overheid in de toekomst met de informatie gaat doen. In een interview in *De Groene Amsterdammer* stelt de Duitse oud-politicus Gerhart Baum[30] dat wie informatie in zijn bezit heeft, deze uiteindelijk ook zal gebruiken. De behoefte aan informatie is volgens de oud-minister onverzadigbaar, en het is volgens hem geen ondenkbaar scenario dat er in de komende tijd een nog grotere nadruk op binnenlandse veiligheid komt te liggen. (Haegens, 2007). Folkert Jensma[31] formuleert in een opiniestuk in de *NRC Next* mogelijke argumenten van tegenstanders op dit vlak:

> Van gerichte opsporing naar verdachte personen op grond van feitelijke omstandigheden nu, naar algemeen toezicht op alle burgers straks. De staat gaat

[29]Bert-Jaap Koops (Tilburg), Egbert Dommering (UvA Amsterdam), Nico van Eijk (UvA Amsterdam), Paul de Hert (Brussel), Aernout Schmidt (Leiden) en Jan Smits (Eindhoven) zijn hoogleraar ICT-recht. Bart Jacobs (Nijmegen, Eindhoven), Sandro Etalle (Eindhoven), Pieter Hartel (Twente) en Henk van Tilborg (Eindhoven) zijn hoogleraar computerbeveiliging. Ybo Buruma (Nijmegen), Paul Mevis (Rotterdam), Theo de Roos (Tilburg) en Taru Spronken (Maastricht) zijn hoogleraar straf(proces)recht. Piet Hein van Kempen (Nijmegen) is hoogleraar mensenrechten (citaat uit Koops e.a., 2008).

[30]Gerhart Baum is een Duits oud-politicus en jurist die verbonden is aan de liberale FDP. Hij heeft van 1972 tot 1994 in het Duitse parlement gezeten. Nu houdt hij zich voor een belangrijk deel bezig met privacy vraagstukken en voert een rechtszaak tegen de praktijk van het op afstand inbreken op computers van burgers door de Duitse veiligheidsdiensten. Via http://www.gerhart-baum.de/vita.html, geraadpleegd op 10 januari 2010.

[31]Folkert Jensma studeerde burgerlijk recht in Leiden. Hij was van 1996 tot 2006 hoofdredacteur van *NRC Handelsblad* en schrijft commentaren over recht en bestuur en juridische artikelen voor het dagblad. Uit http://weblogs.nrc.nl/rechtenbestuur/folkert-jensma/, geraadpleegd op 10 januari 2010.

> straks naar hartenlust met risicoprofielen en slimme zoektechnieken op zoek naar gedragspatronen van burgers en naar verdachte groepen. Dat wordt koppelen, combineren en deduceren. Voortaan moeten burgers zich bij ieder telefoontje, e-mail of websitebezoek afvragen of uit plaats, tijd en adres iets afgeleid kan worden dat tegen hen gebruikt kan worden. De staat kijkt letterlijk mee.

In het stuk worden ook argumenten van onderzoekers van het Tilburgse Institute for Law, Technology and Society[32] (TILT) aangehaald. Inbreuken op de persoonlijke levenssfeer mogen volgens hen alleen als dat echt nodig is. Eerst moet gekeken worden of het ook minder ingrijpend zou kunnen en of de gevolgen kunnen worden beperkt. Uit het artikel:

> Jezelf kunnen zijn noemen zij een kernwaarde, zonder welke vrijheid, individualiteit en welzijn in gevaar komen. Zij zijn bezorgd over het groeiende aantal onderzoeksbevoegdheden van de staat, aangewakkerd door technologie, angst voor terreur en zware criminaliteit. En door geheime diensten die na het einde van de koude oorlog op zoek gingen naar nieuw werk. (Jensma, 2008)

In nog een ingezonden stuk in *NRC Handelsblad* formuleren Britta Böhler[33] en Beate Rössler[34] uitvoerig de waarde van privacy. In het tweede hoofdstuk zijn al veel punten van Rössler uit het boek 'The Value of Privacy' (2003) voorbij gekomen. Het argument 'ik heb niks te verbergen' is onwaar. We hebben allemaal tegenover verschillende mensen diverse dingen te verbergen. Als dit niet zo zal zijn, 'zou er geen onderscheid meer zijn tussen hele goede vrienden, kennissen, collega's en volledig onbekenden'. Het argument dat privacy niets waard is in een onveilige samenleving, wordt volledig omgedraaid: veiligheid is volgens Böhler en Rössler een functionele waarde, die voor burgers nodig is om de vrijheidsrechten uit te oefenen. 'In een samenleving waar de burgers rechteloos zijn, verliest veiligheid haar waarde'. Ook het argument dat we steeds meer in een risicomaatschappij leven komt aan de orde. Veiligheid wordt steeds meer gedefinieerd als preventie. De risico's worden niet alleen in terrorisme, maar ook in de gezondheidszorg en de opvoeding van kinderen steeds meer met middelen bestreden die een inbreuk op

---

[32]Het Tilburg Institute for Law, Technology and Society richt zich op recht en regulering van nieuwe technologieën. Het is een onderdeel van de rechtsfaculteit van de Universiteit van Tilburg. Via http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/tilt/abouttilt/, geraadpleegd op 3 januari 2010.

[33]Britta Böhler is gepromoveerd in de rechten in Freiburg, Duitsland. Ze is later in Nederland beëdigd als advocaat en werd later partner bij Böhler Franken Koppe Wijngaarden. Vanaf 2007 is zij lid van de Eerste Kamer der Staten Generaal voor GroenLinks. Via http://www.bfkw.nl/advocaten/bohler.html, geraadpleegd op 20 december 2009.

[34]Beate Rössler is hoogleraar ethiek aan de Universiteit van Amsterdam. Sinds 2003 is ze ook Socrates-Hoogleraar aan de Universiteit van Leiden. Via http://home.medewerker.uva.nl/b.roessler, geraadpleegd op 20 december 2009.

de privacy betekenen. Bovendien zorgt het werken met risicoprofielen voor aantasting van het gelijkheidsbeginsel. De risicoprofielen maken de gegevens van bepaalde groepen—bijvoorbeeld moslims bij terrorismebestrijding—interessanter dan die van andere groepen. Over de noodzaak van de persoonlijke levenssfeer zeggen zij:

> In een democratische samenleving is het recht op privacy geen overbodige luxe, maar een essentiële voorwaarde voor het functioneren van die samenleving. Iedereen moet het recht hebben bepaalde aspecten van zijn leven voor derden af te schermen, sterker nog, een burger die niets verbergt, kan zich in de samenleving niet als vrij en authentiek individu manifesteren. Dat houdt ook in dat burgers in de beslotenheid van hun privé-omgeving 'kwade gedachten' moeten mogen hebben, want deze vrije zones zijn van belang voor de verantwoorde uitoefening van bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting.

Ook wordt hier weer gewezen op het cumulatieve effect van maatregelen zoals de bewaarplicht: 'veel van de puzzelstukjes die, eenmaal samengevoegd, tot de volledige transformatie van onze samenleving kunnen leiden, bestaan al. We moeten niet wachten tot ze allemaal zo worden samengevoegd, dat we ons plotseling in een glazen samenleving blijken te bevinden'. (Böhler en Rössler, 2008)

Een vergelijkbaar argument staat in een artikel in *De Groene Amsterdammer* van Casper Thomas. Hierin zegt Gerrit-Jan Zwenne[35] dat het cumulatieve effect van de maatregelen vaak niet besproken wordt in het debat over privacy:

> De privacydiscussie wordt gefragmenteerd gevoerd. Ieder privacyvraagstuk wordt apart bekeken. Zo lijkt het alsof er enkel kleine, voorzichtige stappen worden genomen, maar bekijk je het over een langere periode, dan is er sprake van grote veranderingen. Het is net kralen rijgen, iedere keer een klein beetje. Ieder kraaltje op zichzelf is van weinig betekenis, maar alle kraaltjes samen maken een lange ketting. (Thomas, 2007)

Tot zover het praktijkdebat over privacy. In het volgende hoofdstuk analyseer ik de argumenten die ik rond de bewaarplicht heb verzameld.

[35]"Gerrit-Jan Zwenne is universitair hoofddocent bij eLaw@Leiden. Hij studeerde rechten in Leiden en promoveerde in 1998 aan dezelfde universiteit op een proefschrift over belastingheffing en informatieverplichtingen. Gerrit-Jan houdt zich bezig met telecommunicatie- en privacyrecht."Citaat uit http://www.law.leidenuniv.nl/org/metajuridica/elaw/medewerkers/gerritjanzwenne.html, geraadpleegd op 4 januari 2010.

# 4 FACETTEN VAN HET PRIVACYDEBAT

Ik heb uit mijn uiteenzetting van het debat over de bewaarplicht zes stellingen geformuleerd. Alleen de laatste stelling gaat over het doel van de maatregel zelf, terwijl de overige stellingen gaan over het effect op de privacy van de maatregel. Bij iedere stelling zal ik de argumenten uit de casus weergeven die voor of tegen de stelling pleiten. Eerst presenteer ik de argumenten die ik gevonden heb in de praktijk om vervolgens de argumenten vanuit de stromingen uit mijn theoretisch kader te formuleren.

**In een democratische samenleving is het recht op privacy geen overbodige luxe, maar een essentiële voorwaarde voor het functioneren van die samenleving**

Deze stelling is letterlijk overgenomen uit het stuk van Britta Böhler en Beate Rössler in *NRC Handelsblad*. De rest van het citaat:

> Iedereen moet het recht hebben bepaalde aspecten van zijn leven voor derden af te schermen, sterker nog, een burger die niets verbergt, kan zich in de samenleving niet als vrij en authentiek individu manifesteren. Dat houdt ook in dat burgers in de beslotenheid van hun privéomgeving 'kwade gedachten' moeten mogen hebben, want deze vrije zones zijn van belang voor de verantwoorde uitoefening van bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting. (geciteerd in Böhler en Rössler, 2008)

De onderzoekers van het instituut (TILT) verdedigen de stelling door het argument te geven dat jezelf kunnen zijn een kernwaarde is, 'zonder welke vrijheid, individualiteit en welzijn in gevaar komen' (Jensma, 2008).

Deze stelling vormt de verdediging van het recht op privacy in liberale democratieën. Het is een grondslag van de rechtsorde. In Nederland en veel andere landen is het opgenomen in de Grondwet. Ook in internationale verdragen wordt het recht op privacy erkend. De verantwoording voor de wet, zowel in de uitleg van de 'geest' van de wet als in de wetteksten zelf, komt direct overeen met de theoretische rechtvaardiging van de waarde van privacy voor het liberale denkkader. Er wordt in de wet onderscheid gemaakt tussen een publiek- en een privédomein. Iedereen heeft recht op dit privédomein en moet zich er in kunnen terugtrekken. De burger is een in essentie vrij wezen dat autonoom kan bepalen hoe het zijn leven kan leiden. Privacy biedt bescherming om deze autonomie te kunnen beoefenen.

Privacy is volgens Etzioni geëvolueerd naar een waarde waarvoor alle andere moeten wijken. De bewijslast is gaan liggen bij de verdedigers van andere waarden dan privacy,

waardoor het algemene belang ten hoogste op de tweede plek komt. Dit verklaart Etzioni met een historische analyse van de omgang met privacy. Over Mill betoogt Etzioni dat hij in een tijd leefde waar lange perioden van sociale controle en een autoritair bewind waren geweest. Het formuleren van het belang van vrijheid, individualisme en autonomie moet in deze context gezien worden. De effecten van een absolute vorm van individuele vrijheidsrechten, die boven het algemene belang staan, konden nog niet worden voorzien (Etzioni, 1999: 194). Als het individuele vrijheidsrecht op privacy boven het algemeen belang van de gehele democratische samenleving wordt gesteld, is dit recht in het communitaristische perspectief wel degelijk een overbodige luxe. Het belang van privacy moet in iedere situatie opnieuw worden bepaald en is niet in iedere situatie een essentiële voorwaarde voor de democratische samenleving.

Volgens de poststructuralisten staat iedereen in de maatschappij constant onder surveillance. Vrijheidsrechten hebben hierdoor weinig zin, omdat een schild tegen de overheid en anderen geen bescherming biedt tegen normalisering. Het recht op privacy is in poststructuralistisch perspectief niet essentieel, omdat het geen oplossing biedt. Het is geen overbodige luxe, maar alleen maar overbodig.

Een poststructuralist kan redeneren dat in plaats van het beschermen van privacy, de burger grondwettelijk beschermd zal moeten zijn tegen surveillance. Poststructuralisten geloven niet dat er een weg terug is, omdat gevolgen van normalisering doordringen in het collectieve bewustzijn. Toch is het voor te stellen dat een poststructuralist de surveillance zoveel mogelijk af zou willen breken, wat een meer chaotische en minder efficiënte samenleving op zou leveren (Raab en Bennett, 2006: 20).

**Inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag alleen als dit voor een democratische samenleving noodzakelijk is**

Hoewel privacy noodzakelijk is voor het goed functioneren van een democratische samenleving, kan schade aan deze democratische samenleving soms alleen maar voorkomen of verzacht worden door de privacy van burgers te beperken. Dit vormt een vervolg op de vorige stelling.

Volgens het *harm principle* van Mill moet de overheid een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer verantwoorden door aan te tonen dat het de vrijheid van een ander individu of andere individuen schaadt. Net als de waarde van privacy voor de democratische samenleving is ook het noodzakelijkheidscriterium terug te vinden in verdragen en de Nederlandse Grondwet. In het EVRM wordt uitgelegd dat argumenten die de onmisbaarheid, redelijkheid of wenselijkheid van een maatregel aan willen tonen nog niet hebben

aangetoond dat de maatregel noodzakelijk is. In reactie op de gevallen waar veiligheid als noodzakelijk voor de democratische samenleving wordt opgeworpen, zeggen Böhler en Rössler dat veiligheid een functionele waarde heeft, omdat in een samenleving waar burgers rechteloos zijn, veiligheid haar waarde verliest.

De waarde van privacy voor de autonomie wordt door communitaristen wel erkend, maar privacy en het algemene belang moeten altijd tegen elkaar worden afgewogen. Op deze manier kan gereageerd worden op sociale veranderingen. Als de sociale controle in een samenleving afneemt, zal er meer controle van de overheid moeten plaatsvinden om dezelfde sociale orde te behouden. Deze nieuwe conceptie van privacy heeft tot gevolg dat er meer ruimte moet zijn in de beleidsregels voor de omgang met persoonlijke informatie (Etzioni, 1999: 183–215). Het noodzakelijkheidcriterium past hiermee niet in de communitaristische visie op de voorwaarden die zouden moeten gelden bij het inperken van privacy. Het algemeen belang moet volgens communitaristen in elke situatie zo goed mogelijk gediend worden, en niet alleen als het direct in gevaar is.

Het poststructuralistische argument tegen de vorige stelling—vrijheidsrechten als privacy bieden geen bescherming tegen de normalisering—sluit een argument voor of tegen het noodzakelijkheidcriterium uit.

**Het opslaan en opvragen van data over niet-verdachte mensen is een breuk met het recht op een eerlijk proces en kan leiden tot een breuk met het gelijkheidsbeginsel**

Het recht op een eerlijk proces is opgenomen in artikel 6 van het EVRM. Iedereen in de EU heeft hierdoor onder andere het recht om als onschuldige behandeld te worden totdat het tegendeel bewezen is. In het debat over de bewaarplicht wordt opgemerkt dat data over niet-verdachte mensen opgeslagen wordt en opgevraagd kan worden. Jacob Kohnstamm acht het reëel dat onschuldige mensen verdacht worden gemaakt. Bart-Jan Koops voegt hier aan toe dat er al invallen plaats hebben gevonden bij onschuldige burgers op basis van een verkeerde analyse van informatie.

Deze argumenten betreffen de gevolgen van fouten van politie en justitie die door de bewaarplicht worden gemaakt. Folkert Jensma zegt dat de gerichte opsporing naar verdachte personen op grond van feitelijke omstandigheden verschuift naar algemeen toezicht op alle burgers. Böhler en Rössler merken op dat het gebruik van risicoprofielen bij de analyse van gegevens het gelijkheidsbeginsel aan kan tasten. Risicoprofielen kunnen ertoe leiden dat bepaalde groepen in de maatschappij, zoals moslims in onderzoek naar terrorisme, vaker het subject van surveillance zullen zijn dan andere.

Liberalen zullen het hartgrondig met deze stelling eens zijn. Het principe dat iemand

onschuldig is tot het tegendeel wordt bewezen behoort immers, net als het recht op privacy, tot de kern van de liberale rechtsorde. Bij een eerlijk proces hoort niet alleen een formele aanklacht en een gelijkheid voor de wet, maar ook een neutraal rechtsapparaat. Het gelijkheidsbeginsel geldt bovendien niet alleen maar binnen het recht op een eerlijk proces, maar moet leidend zijn voor alle gedragingen van de overheid. Iedere burger moet gelijk behandeld worden, en een maatregel die ertoe leidt dat aanhangers van een bepaalde religie onevenredig vaak verdacht worden gemaakt, zal een liberaal afkeuren.

De opmerking van Böhler en Rössler over risicoprofielen resoneert ook sterk met de theorie over de surveillancemaatschappij van de poststructuralisten. Risicoprofielen zorgen ervoor dat mensen of groepen als afwijkend van de norm bestempeld kunnen worden, zonder dat zij hier weet van hebben. Deze burgers worden beter in de gaten gehouden dan anderen, en iedere nieuwe vastgelegde gedraging wordt vergeleken met het groeiende bestand aan gegevens.

Bij communitaristen kan ook hier het bekende argument herhaald worden: als het opslaan en opvragen van data over niet-verdachte mensen nodig is voor het algemeen belang, andere manieren die geen inbreuk op de privacy geprobeerd zijn en het gebruik van de gegevens met waarborgen is omkleed, moeten vrijheidsrechten niet boven het algemeen belang gesteld worden.

**Iemand die niks te verbergen heeft, hoeft zich geen zorgen te maken**

Britta Böhler en Beate Rössler geven het volgende argument tegen deze stelling:

> Het argument 'ik heb niks te verbergen' is onwaar. We hebben allemaal tegenover verschillende mensen diverse dingen te verbergen. Als dit niet zo zal zijn, 'zou er geen onderscheid meer zijn tussen hele goede vrienden, kennissen, collega's en volledig onbekenden'.

Ook is het citaat uit de eerste stelling van Böhler en Rössler een tegenargument voor deze stelling. In deze citaten wordt precies omschreven welke waarde privacy heeft in het liberale denkkader voor de autonomie van het individu. Een poststructuralist zal ingaan op de argumenten van Böhler en Rössler door te zeggen dat de vrije zones en de beslotenheid van de privé omgeving geen bescherming bieden tegen de internalisering van het normaalbeeld.

De opmerking dat een grote bedreiging van de privacy de onverschilligheid van burgers is (uit het citaat van Prins) geeft ook een argument tegen deze stelling. De burger die stelt

toch niets te verbergen te hebben, is onverschillig ten aanzien van de waarde van privacy voor zichzelf en de samenleving.

**Door de optelsom van privacybeperkende maatregelen wordt Nederland een politiestaat**

Dit argument vinden we bij Kamerlid Anker. Het geeft aan dat er tegenwoordig geen keuzevrijheid meer is bij burgers ten aanzien van de verzameling van hun gegevens. Het argument van de 15 hoogleraren is hier ook een voorbeeld van. Zij stellen dat maatregelen als de bewaarplicht ervoor zorgen dat Nederland op weg is om een politiestaat te worden. Folkert Jensma stelt dat de staat afstevent op algemeen toezicht op alle burgers. Böhler en Rössler stellen dat de optelsom van maatregelen die de privacy inperken de samenleving volledig kunnen transformeren. Gerrit-Jan Zwenne heeft het op een vergelijkbare wijze over kraaltjes die op zichzelf weinig betekenis hebben, maar samen een lange ketting vormen. Voor Senator Franken fungeert het recht op privacy als een immuunsysteem, dat nu wordt afgebroken.

Een overheid die haar burgers geen privacy gunt, is voor een liberaal een bedreiging voor de individuele vrijheid van deze burgers. Dit weegt zwaarder wanneer er op meerdere fronten ingebroken wordt. De vrijheidsrechten van liberalen bestaan mede om de burgers tegen een kwaadwillende staat te beschermen. Hier wordt ook rekening gehouden met een staat die nu nog het belang van individuele vrijheid dient, maar zich later kan keren tegen de liberale principes.

Argumenten over de optelsom van de maatregelen zijn ook te vinden binnen het poststructuralisme. Foucault merkt op dat met de moderniteit de behoefte is ontstaan om mensen die abnormaal gedrag vertoonden te classificeren. Daardoor kenmerken moderne maatschappijen zich door een hoge mate van surveillance, met veel middelen om gegevens over burgers te verzamelen en te interpreteren. Bovendien zorgt de classificatie van het abnormale vanzelf ook voor een classificatie van het normale. Doordat gegevens van burgers in databases zitten die gekoppeld zijn aan andere databases, krijgt deze normalisatie nog een extra dimensie. Als op basis van de gekoppelde gegevens conclusies worden getrokken over diegene waar de gegevens betrekking op hebben, kan diegene hier niet achter komen. Er is dan sprake van een digitale dubbelganger, waardoor de plaats van het menselijke 'zelf' onduidelijk is. De staat heeft voor poststructuralisten geen direct aandeel in de normalisatie van het individu. Daarvoor verschilt het concept van macht van de poststructuralisten teveel met dat van de liberalen. De normalisering van het individu in een surveillancemaatschappij is de echte bedreiging, niet een staat die zich tegen haar burgers keert. Deze normalisering wordt mogelijk gemaakt door een onderliggende

machtsstructuur, die niet gekoppeld kan worden aan een instituut of individu.

**De bewaarplicht is noodzakelijk omdat de gegevens van belang zijn voor wetshandhaving en veiligheidsdoeleinden**

Deze stelling is een op de bewaarplicht toegespitste variant op de stelling dat inbreuk op de persoonlijke levenssfeer alleen maar moet worden toegestaan als dit voor een democratische samenleving noodzakelijk is. Bij de argumenten die voor deze stelling pleiten wordt echter niet duidelijk gemaakt dat de 'noodzakelijkheid' waar over gesproken wordt, voor de democratische samenleving geldt.

De Europese Commissie en de Nederlandse regering vinden dat bij de bewaarplicht sprake is van een goed onderzochte bedreiging van het algemeen belang op grote schaal. Tegenstanders betogen op verschillende manieren dat de effectiviteit van de maatregel omstreden is.

Bert-Jan Koops stelt dat het oplossen van misdaden nog steeds afhangt van de menselijke interpretatie van gegevens, de capaciteit die hiervoor is en de kwaliteit van de analyses die gemaakt worden. Een tekort aan informatie is niet altijd het probleem. Voordat er wordt overgegaan tot het verzamelen van meer informatie, kan het bestrijden van terrorisme en zware criminaliteit wellicht worden verbeterd door te investeren in de capaciteit en kwaliteit van het analyseren van de nu al beschikbare gegevens, zonder dat er verdere inperking van de privacy hoeft plaats te vinden.

De Europese Commissie en de Nederlandse regering zeggen over de indringendheid van de maatregel dat de verkeersgegevens en de inhoud van de communicatie van elkaar gescheiden worden, en dat alleen de verkeersgegevens worden gebruikt. Tegenstanders van de maatregel zeggen dat door de omvang van de hoeveelheid gegevens die bewaard worden, de kans op fouten groot is. Er worden dan eventueel onschuldige mensen ondervraagd of verdacht. Afhankelijk van de frequentie waarmee dit voor zou komen, zal het een indringende maatregel zijn. Bovendien wordt meerdere malen opgemerkt dat het niet zeker is of de gegevens in de toekomst uitgebreid worden, of voor andere doeleinden worden gebruikt.

De liberaal vindt dat het belang voor wetshandhaving en veiligheidsdoeleinden verder uitgelegd moet worden om overtuigend voor een noodzakelijkheid voor de democratische samenleving te spreken. Het is voor een poststructuralist inherent aan de surveillancemaatschappij dat de gegevens voor een institutie nodig zijn.

Het communitaristische perspectief is de enige denkrichting waarbij het mogelijk is om

een argument voor deze stelling te formuleren. Het boek 'The Limits of Privacy' van Etzioni behandelt concrete maatregelen die de privacy beperken, en geeft criteria om te kunnen onderzoeken of een maatregel terecht of onterecht een beperking van de privacy inhoudt. De maatregel moet een grote en goed onderzochte dreiging van het algemeen belang dienen; de privacy moet zo min mogelijk beperkt worden; de maatregel moet zo min mogelijk effect hebben op het leven van mensen; en de gegevens moeten niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan waar ze oorspronkelijk voor bedoeld waren.

De argumenten die voor en tegen deze stelling pleiten, zijn allemaal aan deze criteria te relateren. In de politiek stellen voorstanders van de maatregel dat deze vooral bedoeld is om terrorisme en zware criminaliteit aan te pakken, wat zij als een grote en goed onderzochte dreiging van het algemeen belang zien. Een onderzoeksrapport wordt aangehaald om aan te tonen dat de maatregel zijn doel kan dienen. De scheiding van verkeer- en communicatiegegevens zorgt ervoor dat de privacy zo min mogelijk beperkt wordt. Omdat de gegevens alleen maar gebruikt zullen worden voor strafzaken, kan beargumenteerd worden dat de meeste mensen geen effect ondervinden van de regel. De gegevens worden niet voor andere zaken dan de aanpak van terrorisme en criminaliteit gebruikt.

# 5 CONCLUSIE: DE HOKJESGEEST OVERSTIJGEN

Tot hier heb ik beschreven hoe het debat dat over privacy en privacybeperkende maatregelen gevoerd wordt er in de politiektheoretische literatuur uitziet. Ik heb beschreven hoe privacy in de praktijk wettelijk beschermd wordt, en welke maatregelen een inbreuk maken op de privacy. Vervolgens heb ik het theoretische debat afgezet tegen het debat over de bewaarplicht. Wat kan ik nu zeggen over de 'hoog opgetrokken stellingen en voor- en tegenstanders die elkaar op voorhand in het hokje "voor privacy" en "tegen privacy" plaatsen'? Is er sprake van een hokjesgeest? Zo ja, kan deze dan overstegen worden?

In de door mij behandelde stromingen en argumenten zijn inderdaad hoog opgetrokken stellingen te vinden. In het dominante liberale denkkader wordt privacy vooropgesteld als een recht waar slechts in uiterste noodzaak aan getornd mag worden. Hierdoor houden liberalen zich weinig bezig met de vraag hoe dit belang moet worden afgewogen tegen andere belangen. Door kritiek op het denkkader komen enkele belangrijke vragen aan het licht waarvan sommige in de terminologie van het denkkader besproken kunnen worden, terwijl dit bij andere vragen moeilijker is.

In de wetten van liberale democratieën is de geest van het liberale denkkader terug te vinden. De waardering van privacy en de onvervreemdbaarheid van het recht worden zowel geëxpliciteerd in de wet als in het dominante denkkader.

Poststructuralisten geloven niet dat deze regels de steeds groter wordende honger naar informatie bij instituties kunnen stillen en denken dat deze een vals gevoel van controle geven. De genoemde maatregelen die de privacy schenden worden door de poststructuralisten in het brede kader van surveillance geplaatst. Doordat de regels zijn gericht op de bescherming van de gegevens van het individu en niet van de samenleving als geheel wordt het zicht op de gevolgen van surveillance belemmerd.

Communitaristen vinden dat de onaantastbaarheid van het recht op privacy in veel gevallen het algemeen belang schaadt. Om uitspraken te kunnen doen over zowel de maatregelen die privacy beschermen en de maatregelen die privacy schenden, zullen deze maatregelen afgezet moeten worden tegen de criteria van Etzioni. Zo kan bepaald worden of er een goede balans in een samenleving bestaat tussen het recht op privacy en het algemeen belang.

In de opinieartikelen zijn de meeste argumenten te relateren aan het liberale denkkader. Zo wordt de liberale waardering van privacy in de artikelen geëxpliciteerd; de onvervreemdbaarheid van het recht beschreven; en de angst dat de staat zich ontwikkelt als een

*Big Brother* komt naar voren. Deze argumenten worden echter vergezeld van verschillende concepten uit het poststructuralisme. Dit gebeurt vooral als de vraag wordt gesteld welk effect de maatregelen tezamen op de samenleving hebben, bij het argument dat mensen hun gedrag aanpassen als ze weten dat ze in de gaten worden gehouden en als surveillance als fenomeen op zichzelf wordt besproken.

Een belangrijke conclusie is dat de argumenten van voorstanders van de bewaarplicht blijk geven van een communitaristisch denkkader. In de praktijk van de bewaarplicht wordt door de voorstanders een afweging beargumenteerd die ook in het theoretisch kader gegeven wordt.

De kritiek op het dominante denkkader roept enkele vragen op waar de liberalen niet direct een antwoord op hebben. Maar de kritiek vult het denkkader op enkele plaatsen ook aan of versterkt het, doordat de liberalen gedwongen worden om tegenargumenten te geven. Het blijkt moeilijk om de snelle veranderingen in de maatschappij in te bedden in het denkkader. Het communitarisme en poststructuralisme bieden op verschillende wijze meer zicht op deze veranderingen. Het theoretische denkkader wordt wel goed gereflecteerd in de wet en in de manier waarop het met beleidsregels beschermd wordt, maar in de omgang met maatregelen die de privacy schenden komen de argumenten van communitaristen en poststructuralisten prominent naar voren. Ook in de praktijk wordt gesproken van een liberale omgang met privacy, maar deze is weerbarstiger en de onoplosbare problemen zijn hier duidelijker aanwezig.

Liberalen kunnen het niet eens zijn met de kritiek van communitaristen en poststructuralisten en toch elementen uit deze theorieën gebruiken om hun denkkader sterker te maken. Zo kan er meer werk gemaakt worden van het formuleren van criteria om het belang van privacy af te kunnen wegen in praktijksituaties. Hoe onwrikbaar het recht ook gezien wordt, als de praktijk uitwijst dat er constant spanning op het recht staat, zullen er andere manieren gevonden moeten worden om het te sterken. Als dit niet gebeurt, blijft het denkkader steken in een alles of niets benadering, waarbij enerzijds wordt volgehouden dat privacy een heilig recht is waar niet aan mag worden getornd, en anderzijds de overtuiging heerst dat dit recht al geruime tijd verdwenen is en de overheid haar burgers bij iedere stap in de gaten houdt. Poststructuralisten geven aan dat het belangrijk is om te kijken naar het totale effect van gegevensverzameling, omdat anders de problemen slechts per issue besproken worden. Ook kunnen liberalen beter kijken naar het belang van privacy en de inperking van privacy voor de samenleving als geheel, in plaats van een strikt individuele benadering er op na te houden. Als deze problemen niet opgelost worden, zal de discrepantie tussen het liberalisme in de theorie en in de

politiek verder toenemen. Als de oplossing vervolgens aangedragen wordt door critici die de liberalen direct en op eigen gronden bestrijden, zoals de communitaristen, zal het dominante denkkader voor grote veranderingen kunnen staan.

Het liberale denkkader zal met andere woorden zijn eigen hokje moeten overstijgen en lering moeten trekken uit de kritieken. Hoewel de wettelijke praktijk op liberale principes is gebouwd, zijn de argumenten van politici die voorstander zijn van de bewaarplicht eerder aan het communitarisme dan liberalisme toe te schrijven. Tegenstanders kunnen deze argumenten niet bestrijden door te blijven hameren op de liberale waardering van privacy. Politici die vinden dat privacy beter beschermd moet worden, zullen inhoudelijk moeten reageren op de communitaristische argumenten. Dit kan bijvoorbeeld door te kijken of de maatregel wel voldoet aan de criteria van de communitaristen, zodat de communitaristische voorstanders op eigen gronden bestreden kunnen worden. De criteria zelf kunnen ook ter discussie gesteld worden. De communitaristen vormen met het algemeen belang een andere voorwaarde voor een goede democratische samenleving dan de liberalen, die het beschermen en versterken van de individuele vrijheid als voorwaarde voor een goede democratische samenleving hebben. De issuegerichtheid kan door politici en politieke partijen overstegen worden door niet alleen maar bij een nieuw wetsvoorstel te discussiëren over privacy, maar het belang van privacy ook in het partijprogramma op te nemen en dit belang op meerdere gelegenheden uit te dragen.

## LITERATUUR

Albrecht, H., H. Arnlod, D. Demko en E. Braun (2003). *Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*. Freiburg. URL www.bmj.bund.de/media/archive/136.pdf.

Allen, A. L. (2004). "Privacy in American Law". In "Privacies, Philosophical Evaluations", Stanford: Stanford University Press. pp. 19–39.

Brouwer-Korf, A. H., C. P. M. Cleiren, L. K. Geluk, S. Harchaoui, E. P. de Jong, A. J. A. M. Nieuwenhuizen, J. E. J. Prins, J. G. Stam en E. H. Swaab (2009). *Gewoon Doen: beschermen van veiligheid en persoonlijke levenssfeer*. Den Haag: Ministerie van Justitie en het Ministerie van Binnelandse Zaken en Koninksrijksrelaties.

Christman, J. (2008). "Autonomy in Moral and Political Philosophy". In Zalta, E. N. (red.) "The Stanford Encyclopedia of Philosophy", Stanford: Stanford University. URL http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/autonomy-moral/.

College Bescherming Persoonsgegevens (2007). *Advies Wetsontwerp Implementatie Europese Richtlijn Dataretentie*. Den Haag: CBP.

Commissie van de Europese Gemeenschappen (2005). "Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bewaring van gegevens die zijn verwerkt in verband met het aanbieden van openbare elektronischecommunicatiediensten en tot wijziging van Richtlijn 2002/58/EG". *Intern document van het Secretariaat-Generaal*, (1131).

Cousins, M. en A. Hussain (1984). *Michel Foucault*. London: MacMillan.

Ekberg, M. (2007). "The Parameters of the Risk Society: A Review and Exploration". *Current Sociology*, 55(3):343–366.

Etzioni, A. (1996). *The New Golden Rule: Community and Morality in a Democratic Society*. New York: Basic Books.

Etzioni, A. (1999). *The Limits of Privacy*. New York: Basic Books.

Foucault, M. (1961). *Madness and Civilization*. New York: Vintage, paperback editie 1988.

Foucault, M. (1977). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Pantheon Books.

Gaus, G. en S. D. Courtland (2008). "Liberalism". In Zalta, E. N. (red.) "The Stanford Encyclopedia of Philosophy", Stanford: Stanford University. URL http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/liberalism/.

Gutting, G. (2008). "Michel Foucault". In Zalta, E. N. (red.) "The Stanford Encyclopedia of Philosophy", Stanford: Stanford University. URL http://plato.stanford.edu/archives/win2008/entries/foucault/.

Hampsher-Monk, I. (1992). *A History of Modern Political Thought: Major political thinkers from Hobbes to Marx*. Oxford: Blackwell Publishing.

Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy - An Introduction*. Oxford: Oxford University Press, Second Edition.

Mevis, P., V. Mul, P. C. Verloop, J. H. J. Verbaan en M. C. Banier (2005). *Wie Bewaart Heeft Wat*. Rotterdam: Erasmus Universiteit, Faculteit Rechtsgeleerdheid, EUR.

Mill, J. S. (1859). "On Liberty". Openbaar gemaakte versie van de originele tekst zoals opgenomen in Harvard Classics Volume 25, gepubliceerd in 1909, URL http://ebooks.adelaide.edu.au/m/mill/john_stuart/m6450/.

Miller, A. R. (1971). *The Assault on Privacy*. Michigan: University of Michigan Press.

Nussbaum, M. (1999). *Sex and Social Justice*, Oxford: Oxford University Press, hoofdstuk The feminist critique of liberalism. pp. 55–80.

Raab, C. D. en C. J. Bennett (2006). *The Governance of Privacy: Policy instruments in global perspective*. London: The MIT Press.

Reinman, J. (2004). "Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Information Technology of the Future". In Rössler, B. (red.) "Privacies, Philosophical Evaluations", Stanford: Stanford University Press. pp. 194–214.

Rössler, B. (2006). *The Value of Privacy*. Cambridge: Polity Press, Engelse vertaling van Der Wert des Privaten (2001, Frankfurt: Suhrkamp).

Solove, D. (2007). "I've Got Nothing to Hide and Other Misunderstandings of Privacy". *San Diego Law Review*, 44(4):745–772.

Vedder, A., L. van der Wees, B. Koops en P. de Hert (2007). *Van Privacyparadijs tot Controlestaat? Misdaad- en Terreurbestrijding in Nederland aan het begin van de 21ste Eeuw*. Den Haag: Rathenau Instituut.

Velibeyoglu, K. (1999). *Post-structuralism and Foucault*. Izmir: Izmir Institute of Technology. URL http://www.angelfire.com/ar/corei/foucault.html.

Warren en Brandeis (1890). "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, IV.

Westin, A. (1967). *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum.

Wilson, F. (2009). "John Stuart Mill". In Zalta, E. N. (red.) "The Stanford Encyclopedia of Philosophy", Stanford: Stanford University.

## ARTIKELEN UIT LANDELIJKE DAGBLADEN EN OPINIEBLADEN

Böhler, B. en B. Rössler (2008). "We zijn de controle kwijt over ons publieke voorkomen". *NRC Handelsblad, 15 november*.

Boon, J. (2008). "Privacy voor Schijnveiligheid". *Trouw, 29 december*.

Haegens, K. (2007). "'De Overheid Mag Niet Alles': Interview met oud-minister Gerhart Baum". *De Groene Amsterdammer*, 131(49).

Jensma, F. (2008). "Waar was jij? Met wie heb je toen gebeld?; Er is een nieuwe wet op komst: alle digitale gegevens van iedereen worden achttien maanden opgeslagen". *NRC Next, 8 april*.

Kleef, M. (2007). "De geheime diensten van uw provider; Reportage telefoontaps, opsporing en blokkades". *Vrij Nederland*, (10 november 2007).

Koops, B., E. Dommering, N. van Eijk, P. de Hert, A. Schmidt, J. Smits, B. Jacobs, S. Etalle, P. Hartel, H. van Tilborg, Y. Buruma, P. Mevis, T. de Roos, T. Spronken en P. van Kempen (2008). "Vrijwillig op Weg naar de Politiestaat: Nederland hoeft niet meer te doen dan de EU verplicht bij bewaren telefoongegevens". *NRC Handelsblad, 2 april*.

Persson, M. (2008). "Wie wat bewaart, heeft wat, maar minder dan hij denkt; Bewaarplicht Duits onderzoek ontkracht verondersteld nut om telefoon- en e-mailgegevens langdurig op te slaan". *De Volkskrant, 10 mei*.

Thomas, C. (2007). "Iedereen Verdracht: Privacyschending". *De Groene Amsterdammer*, 132(26).